

## LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

ALEJANDRO TORRES LÉPORI

"Una constitución no modela un solo esquema  
gubernamental, sino muchos, cuya aplicación  
depende del estado de las fuerzas en juego".

Maurice DUVERGER, *Jaque al rey*

### I. INTRODUCCIÓN

La actualidad de las relaciones internacionales nos enfrenta, ya desde hace medio siglo, a un mundo imposible de entender en base a los parámetros realistas que los teóricos de esa disciplina habían desarrollado desde los años de Westfalia. La suerte de los Estados está, en mayor o menor medida, indisolublemente unida. Este fenómeno que se ha bautizado como interdependencia ha modificado las posiciones de los Estados hasta el punto de volverlos más vulnerables y sensibles a los cambios externos, como bien lo ilustra el pionero libro de Robert Keohane y Joseph Nye<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Robert O. Keohane y Joseph S. Nye, *Poder e Interdependencia*, Col. Buenos Aires, 1988. El libro comienza de modo más que elocuente: "Vivimos en una era de interdependencia. Esta vaga afirmación expresa pobremente un sobrentendido que, sin embargo, corresponde a un difundido sentimiento de que la propia naturaleza de la política mundial está cam-

La mayor vulnerabilidad que entrañó el cambio de las relaciones internacionales trajo consigo la necesidad imperiosa de asegurar una norma de derecho internacional que no por consuetudinaria debía dejar de positivizarse: *pacta sunt servanda*. Esto es así porque, aun cuando la costumbre la haya elevado a un rango normativo, el norte orientador que significa la recepción de la misma en un tratado internacional refuerza la imposibilidad de que la práctica futura de los Estados se abstenga de su cumplimiento. Esta norma se vio así reflejada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

De esta forma la observancia de los tratados por parte de los Estados que se obligan por ellos se ha convertido en una norma imperativa convencional de derecho internacional que no puede ser alterada por acuerdo en contrario; esto es *Jus cogens* (cf. art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Y esta observancia se ha vuelto más estricta en paralelo con este proceso de interdependencia que, a partir de la desvalorización relativa de los recursos de poder militares, ha obligado a los Estados a tener en cuenta la conducta de los demás. Los Estados requieren ahora tener una mayor seguridad sobre la estrategia de los otros porque se han vuelto más vulnerables. De acuerdo con lo expuesto, la tendencia internacional se ha visto inclinada hacia la firma de tratados que permitan cierta previsibilidad sobre el comportamiento de los Estados parte. En este proceso, la cantidad y calidad de los acuerdos internacionales ha proliferado al punto de interferir en los ordenamientos internos de los Estados. Nuestra Constitución de 1853, nacida al calor de los enfrentamientos internos, no pudo prever este movimiento y le asignó un lugar específico a los tratados dentro de su pirámide jurídica. La reforma llevada a cabo en 1994 ha venido a sumarse a las constituciones más modernas en el tratamiento del tema; pero legando fórmulas oscuras y poco felices que serán objeto de discusión e interpretaciones variadas.

Hasta aquí solo se ha hablado de las relaciones inter-

---

biando. El poder de las naciones —aquella secular piedra basal de análisis y estadísticas— se ha tornado más elusivo: 'los cálculos de poder son más difíciles y engañosos de cuanto eran en otras épocas' (op. cit., pág. 18).

estatales. Pero este mismo análisis interdependentista ha visto surgir, como su natural consecuencia, a los organismos internacionales como sujetos de derecho internacional. Los organismos internacionales se inscriben dentro de la necesidad de contar con regímenes que aseguren la estabilidad del juego. "Al crear o aceptar procedimientos, normas o instituciones para ciertas clases de actividades, los gobiernos regulan y controlan las relaciones transnacionales e interestatales. A estos acuerdos gubernamentales los denominaremos regímenes internacionales".<sup>2</sup>

Finalmente, la experiencia de dos guerras mundiales y la tendencia moderna de las relaciones internacionales han hecho aparecer a un nuevo sujeto de derecho internacional: el individuo. El derecho internacional de los derechos humanos hace así eclosión y tendrá en lo sucesivo un desarrollo espectacular.

Ante los cambios sobrevenidos en el ámbito internacional una reforma constitucional debía incluir entre los temas de discusión al lugar y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento normativo argentino. Esta situación ha venido a cumplirse con la reforma emprendida en 1994.

## II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

### *1. Relación entre el derecho interno y el derecho internacional*

Como bien lo explica Russo<sup>3</sup>, la ciencia del Derecho presenta numerosas dicotomías entre las cuales se halla la del derecho interno versus el derecho internacional. El monismo y el dualismo son dos formas diferentes de enfrentar el tratamiento de esas dicotomías, bien postulando una ciencia jurídica unitaria o bien declarando la escindibilidad total entre los opuestos. El autor comentado sostiene que, siendo la ciencia del Derecho un objeto complejo, las disputas entre

<sup>2</sup> Keshare y Nye, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>3</sup> Russo, Eduardo, *Teoría General del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 288-290.

monismo y dualismo deberían dejar lugar a una interpretación pluralista del fenómeno jurídico que permita armonizar sus interconexiones sistémicas<sup>4</sup>.

Hecha esta aclaración conviene, sin embargo, acercar una explicación de lo que se entiende por monismo y dualismo ya que el debate teórico se ha desarrollado, a lo largo de los años, en base a estos dos modelos. El monismo puede ser definido como "un presupuesto de la unidad del derecho, (que) propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente"<sup>5</sup>. Esta posición posee dos variantes: o bien se considera que prima el derecho interno (en cuyo caso se estaría contradiciendo la norma de derecho internacional general que asegura el principio de la continuidad de los Estados, según la cual los cambios al interior de los Estados no modifican sus obligaciones internacionales) o bien se juzga que el derecho internacional es superior (en cuyo caso se opondría a la situación histórica por la cual el derecho internacional es posterior a la organización política y normativa de los Estados). Una postura intermedia reconoce que pueden existir normas incompatibles entre los dos sistemas con la condición de asegurar la responsabilidad internacional del Estado que incurre en una violación de la normativa internacional (pero no explica por qué ese hecho no invalida a la norma de derecho interno en contravención). Desde el punto de vista de los constitucionalistas, la postura monista se define por la prevalencia del derecho internacional sobre el interno<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Mancera, Virness y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Zavalla, pág. 53.

<sup>6</sup> Así, Bilibert Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, pág. 192. En igual sentido, Ekmejdjian, Miguel Ángel, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apunta el proceso de integración regional latinoamericana", *E.D.*, t. 160, págs. 246-251. Ernesto de la Guardia ("El nuevo texto constitucional y los tratados", II, *E.D.*, t. 161, págs. 895-901) acepta la diferenciación del monismo pero advierte que la corriente que subordina el derecho internacional al interno implica la negación del primero; y dentro de la segunda vertiente asegura que aún se puede distinguir entre el monismo radical —que anula toda norma del derecho interno contraria al internacional— y el monismo moderado —que, siguiendo a Verdross reconoce la posibilidad de conflictos pero advierte que ellos tienen solución en la unidad del sistema jurídico—.

El dualismo "propone la existencia de dos órdenes jurídicos independientes (...) Por lo tanto para que una norma del derecho internacional pudiese ser invocada y aplicada en el ordenamiento interno sería necesario que mediase un acto del Estado que la transformase en derecho interno". Este acto de incorporación debe consistir en "una ley especial, no bastando la ley aprobatoria del tratado". El dualismo implica la posibilidad de que una ley interna contraria a una internacional pueda seguir subsistiendo con igual vigor y obligatoriedad.

#### *La situación en la Constitución argentina de 1853*

Basado en el artículo 27 (que impide que los tratados se hallen en contradicción con los principios de derechos públicos constitucionales) y en el artículo 31 de la Constitución argentina (que establece que "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"), el derecho judicial de la Corte entendió que la Argentina se enrolaba dentro de la corriente dualista según la cual leyes y tratados se encontraban en un mismo nivel jerárquico y se podía aplicar entre ellos la máxima que dice que una norma posterior deroga a la anterior, posibilitando, de este modo, que una ley posterior pudiera derogar un tratado anterior.<sup>7</sup> Así, Eduardo Jiménez afirma que "hasta la reforma constitucional generada a partir del denominado 'Pacto de Olivos', nuestra Constitución Nacional respondía al modelo de texto escrito, rígido y con carácter dualista respecto a las relaciones derecho interno-derecho internacional, estableciendo la supremacía del orden federal por sobre el provincial, y luego jerarquizando internamente las relaciones entre derechos constitucionales, tratados internacionales, leyes y

<sup>7</sup> Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse, *op. cit.*, págs. 54-55.

<sup>8</sup> Cfr. Elmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, pág. 247. También De la Guardia, Ernesto, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cf. Sotelo, Daniel y Onofre, José, *La Constitución de las Argentinas*, Errasar, págs. 115-6; De la Guardia, E., *op. cit.*, pág. 697; Vicuña, Daniel y Rodríguez, Jorge, "Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994", *E.D.*, t. 183, pág. 912.

decretos<sup>10</sup>. Pero esta claridad con la que aparecía nuestra orientación dualista surgía de la interpretación jurisprudencial de la Corte plasmada en los autos "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno Nacional, Administración General de Puertos" y "Esso, S.A. c/ Gobierno Nacional". En aquella oportunidad la Corte afirmó "ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno (...); se sigue de lo dicho que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la república, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *Leges posteriores priores contrarias abrogant*"<sup>11</sup>.

Sin embargo, la doctrina no interpretó lo mismo que la jurisprudencia. Así, Bidart Campos expresó tempranamente que "cuando el artículo 31 enumera la trílogía de 'constitución - leyes del congreso - tratados', y la engloba bajo el nombre común de 'ley suprema' (para hacerla prevalecer sobre todo el derecho provincial), el orden en que menciona a cada segmento normativo no sirve, sin más, para hacer con él una gradación jerárquica. Salvo la Constitución, enunciada primero como encabezamiento indispensable (por su supremacía y su rigidez), aquella enumeración gramaticalmente escalonada no autoriza por sí sola a inferir que los tratados se ubiquen antes, después, por encima o por debajo de las leyes. Pese a quedar citados en tercer lugar, nosotros entendemos que los tratados internacionales siempre se sitúan en nuestro derecho interno por encima de las leyes (aunque por debajo de la Constitución)"<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Jiménez, Eduardo, "Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre Derechos Humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos", E.D., t. 143, pág. 901.

<sup>11</sup> Sentencia del caso "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno nacional, Administración Gral. de Puertos", L.L., t. 131, págs. 458-9.

<sup>12</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, T. I, pág. 104.

*La nueva situación luego de la reforma constitucional de 1994*

Habilitados por el artículo 3º inciso I de la ley 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma constitucional, que les posibilitaba entender en el tema de Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales, los convencionales constituyentes modificaron la Carta Magna de modo de hacerla coincidir con los deseos del constitucionalista Bidart Campos. Pero también parecieron acordar razón a los postulados que hace siglo y medio escribiera Alberdi al respecto: "Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay"<sup>13</sup>. De esta proposición parece inferirse el deseo alberdiano, basado sin dudas en su particular sentido europeísta, de dotar de mayor jerarquía a los tratados frente a las leyes.

Las reformas introducidas se hallan en los incisos 22 y 24 del artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso de la Nación. Pero ellas son implícitamente modificatorias, no obstante la prohibición del artículo 7 de la ley 24.309, del artículo 31 correspondiente a la parte dogmática de la Constitución (o de la interpretación que el derecho judicial de la Corte ha hecho de él)<sup>14</sup>.

El principio fundamental introducido en el primer párrafo *in fine* del inciso 22 del artículo 75 dice así: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Por lo tanto, la anterior interpretación jurisprudencial que

<sup>13</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Plus Ultra, pág. 91. Aunque, de todos modos, el artículo 15 del proyecto alberdiano de Constitución que inspiró el artículo 31 de la Constitución, omite como en esta última, toda referencia a una prelación u orden jerárquico: "Esta Constitución, sus leyes orgánicas y los tratados con las naciones extranjeras, son la ley suprema de la Confederación..."

<sup>14</sup> No obstante que hayan podido existir incompatibilidades entre la ley 24.309 y el resultado reformador, la reforma constitucional de 1994 es totalmente válida a tenor de la representatividad política de la Convención y la consolidación del proceso reformador por la Corte Suprema (cf. Jiménez, Eduardo, *op. cit.*, págs. 303-4).

ubicaba a tratados y leyes en un mismo nivel jerárquico deja de tener validez. No obstante, la Corte Suprema ya había variado su criterio al respecto con los autos "Elmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros" y "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande". Allí la Corte, amparándose en la vigencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.985, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— que en su artículo 27 declaraba la imposibilidad de un Estado de excusarse en su derecho interno para incumplir una obligación de carácter internacional, dijo que "esta Convención (de Viena sobre el Derecho de los Tratados) ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino, (...) pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley (...); la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria..."<sup>15</sup>. En "Fibraca", la Corte restablece que esta primacía se acordará "una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales" conforme al artículo 27 de la Constitución, indicando así una prelación que será confirmada por la reforma de 1994.

Así queda claro que la nueva jerarquía en el orden federal (ya, sin posibles diversas interpretaciones) queda establecida del siguiente modo: Constitución - tratados - leyes. Sin embargo, la reforma introduce una clasificación de los tratados que, aún sin ser expresa, se desprende de su articulado. Por lo tanto, también existiría una jerarquía intra-tratados.

#### *El inciso 22 del artículo 75*

El artículo 75 inciso 22 enumera una serie de tratados que gozan de "jerarquía constitucional"<sup>16</sup>. Esta nómina

<sup>15</sup> Sentencia del caso "Elmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", J.L.L., t. 1992-C, pág. 547.

<sup>16</sup> Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos

podría ser engrosada en el futuro por otros tratados internacionales de Derechos Humanos que, una vez aprobados por el Congreso, consigan —en una segunda votación— dos tercios del total de miembros de cada Cámara<sup>17</sup>. La denuncia de este tipo de tratados la realizará el Poder Ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara; con lo que se incorpora un nuevo procedimiento de denuncia para este tipo de tratados "constitucionales" —antes, esta era una facultad privativa del Poder Ejecutivo—<sup>18</sup>. Así, los tratados que gozan de jerarquía internacional —que necesariamente habrán de ser de Derechos Humanos según la Constitución<sup>19</sup>—, sean enunciados explícitamente en el texto constitucional o gozando de esa preeminencia por posterior decisión del Congreso, poseen un mecanismo de denuncia agravado. Y ello se entiende en razón de las características inalienables de los derechos tutelados por esta clase de tratados<sup>20</sup>.

---

Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>17</sup> Bidart Campos (Tratado..., T. VI, pág. 569) y Dalitzky, Ariel ("La jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en la nueva Constitución Argentina", *J.D.* t. 163, págs. 937-990) creen que no sería necesario una segunda votación siempre que se pueda lograr el quórum requerido. Agrago que no sólo sería necesario alcanzar el quórum establecido constitucionalmente en la votación de aprobación sino que, en el caso de que se votara una sola vez, sería necesario una manifestación expresa del Congreso en el sentido de dotar a esos instrumentos de la jerarquía constitucional.

<sup>18</sup> Si bien el procedimiento de denuncia se especifica luego de la enumeración de los tratados consignados en el inciso 22 del artículo 75, arrojado, junto con Bidart Campos (*op. cit.*, T. VI), que igual procedimiento será necesario para denunciar un tratado que, a posteriori de la reforma, obtenga la jerarquía constitucional; y ello así, por razones de lógica jurídica.

<sup>19</sup> Bidart Campos (*op. cit.*, T. VI, pág. 572) abre la perspectiva de incluir con posibilidades de ser elevados a la jerarquía constitucional a aquellos tratados que contengan normas de derechos humanos aun cuando no fuera esa su naturaleza global. El autor, de todas maneras, establece un margen de duda.

<sup>20</sup> Una digresión merece hacerse aquí. Dalitzky (*op. cit.*) observa la mala técnica legislativa al equiparar dos declaraciones con los 9 restantes

Una doctrina mayoritaria entiende que estos tratados no están incorporados al texto constitucional<sup>21</sup>. Así lo expresa uno de ellos: "los instrumentos que se añaden a la Carta Suprema tienen rango constitucional, pero no son la Constitución misma"<sup>22</sup>. Ahora bien, en tanto se entienda que ellos forman parte de la Constitución se estaría admitiendo la posibilidad del cambio de estructura constitucional de nuestro país de rígida a semirrígida debido a que el Congreso tendría potestades para incorporar nuevos derechos y normas a su texto, en contravención con los procedimientos formales de reforma estipulados por el artículo 30 de la Constitución que permanece inalterado<sup>23</sup>.

Pero si entendemos que no forman parte de la Constitución pero gozan de jerarquía constitucional, ¿cómo se suple esa aparente contradicción? Recurriendo a una figura presente en el derecho comparado: el bloque de constitucionalidad federal<sup>24</sup>. Así, este bloque se definiría como: "aquel conjunto normativo, formalmente no unificado, que tiene la jerarquía constitucional dada por el Poder Constituyente o por aquel a quien éste le hubiera dado competencia para ello, y que por ende subordina la producción normativa de los órganos de la federación y de las provincias, manteniendo el principio de exclusión competencial recíproca y actuando como clave de bóveda del sistema normativo argentino"<sup>25</sup>. De

---

tratados que enumera el artículo en revisión, debido a que declaraciones y tratados son fuentes distintas —y con distinto vigor— de obligaciones y derechos.

<sup>21</sup> Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI; Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los tratados internacionales", *L.L.*, t. 1995-B, pág. 776; Hitters, Juan Carlos, Martínez, Oscar José - Tempesta, Guillermo, "Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994", *E.D.*, t. 159, págs. 1074-82.

<sup>22</sup> Hitters, Juan Carlos, "Nada nuevo con los tratados", *Ciénta*, 24-VIII-1994.

<sup>23</sup> Esta posibilidad es entrevista por Sabsey y Onaindia (*op. cit.*, pág. 117); Sagüés, Néstor, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1039; Travieso, Juan, "La reforma constitucional argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1328; Dulitzky, *op. cit.*, pág. 948.

<sup>24</sup> Sobre el Bloque de constitucionalidad federal cf. Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, págs. 583-7; y Vicente, Daniel y Rodríguez, Jorge, *op. cit.*

<sup>25</sup> Vicente, Daniel y Rodríguez, Jorge, *op. cit.*, pág. 915.

este modo, según Vicente y Rodríguez, el bloque se halla constituido por el texto formal de la Constitución Argentina de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 más los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados por el inciso 22 del artículo 75 más todos los demás tratados de derechos humanos que fueran aprobados por el Congreso Nacional por las dos terceras partes del total de miembros de cada cámara<sup>26</sup>. Esta última clase podría subsumirse con la anterior, pues, una vez otorgada la jerarquía constitucional no habría por qué diferenciar entre los tratados expresamente detallados en la Constitución y los demás que se ubican en iguales condiciones posteriormente.

Pero sigue sin resolverse una cuestión: ¿qué significa tener jerarquía constitucional? Evidentemente, ello implica que los tratados así caracterizados tendrán junto con la Constitución formal supremacía por sobre todo otro ordenamiento federal o provincial —hallándose en este caso, pero no necesariamente, en el vértice de la pirámide jurídica—<sup>27</sup>. ¿Pero se hallan al mismo nivel que la Constitución formal?

Creo que la correcta interpretación del sentido de la jerarquía constitucional surgirá de un cotejo con una fórmula del reformador muy poco feliz y cuyo sentido se presta a debate. Dice el inciso 22 del artículo 75 que los tratados internacionales de derechos humanos enunciados —entiendo que se debe incluir también a aquellos que en el futuro se agreguen por obra del Congreso nacional— “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”.

En este fragmento existen numerosas alocuciones que se prestan a confusión. “Condiciones de su vigencia”, “no derogan artículo de la primera parte” y la noción de complementariedad serán estudiadas a continuación de acuerdo a la doctrina.

¿Qué significa “en las condiciones de su vigencia”? Según

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Sobre la relación entre supremacía y vértice jurídico cf. Barroso, Fernando, “La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, *E.D.*, t. 163, págs. 923-27.

Bidart Campos<sup>28</sup> ello querría decir que esos tratados son válidos de acuerdo a las reservas y aclaraciones que la Argentina haya realizado al momento de manifestar su consentimiento en obligarse en sede internacional y a las condiciones en que esos instrumentos se hallaban vigentes al momento de la reforma constitucional —o en su caso, al momento de que le sea adjudicado el rango constitucional—.

Ahora bien, continúa el tratadista, la extinción internacional del tratado o su denuncia por parte del país lleva consigo la extinción de la normativa del instrumento pero no de los derechos tutelados por él que pasarán a considerarse dentro de los derechos implícitos consagrados por el artículo 33 de la Constitución Nacional<sup>29</sup>.

La segunda cuestión implica desentrañar el alcance de la "no derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución" —interpretando, con serias dudas, que la primera parte incluye a los primeros 43 artículos de la Constitución, esto es, a su parte dogmática—. Según el autor comentado, esta fórmula revela una mala técnica legislativa porque "es una pauta hermenéutica harto conocida la que enseña que en un conjunto normativo (para el caso la Constitución 'más' los once instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro (...); habría una incoherencia máxima si a alguna norma de la Constitución o de los tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional, se la imaginara inaplicable, so pretexto de que contradice a otra"<sup>30</sup>. Opuesto a esta interpretación se encuentra el ex convencional por la provincia de Buenos Aires, Juan Carlos Hitters, para quien la imposibilidad de derogación sugiere que "en caso de una even-

<sup>28</sup> *Op. cit.*, T. VI, págs. 557-8.

<sup>29</sup> Con esta interpretación concuerdan Traviesso, *op. cit.*; Barroso, *op. cit.* En contra, Vicente y Rodríguez, *op. cit.*, pág. 916, para quienes la vigencia "no está referida exclusivamente a las condiciones existentes al tiempo de sancionarse el artículo, sino más bien a las existentes al tiempo de su aplicación para decidir en un caso concreto".

<sup>30</sup> Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, págs. 560-1.

tual contraposición con la Constitución, prevalecerá ésta<sup>21</sup>. En el medio, se hallan Vicente y Rodríguez y Barroso, para quienes la no derogación implica el sentido que le adjudica Hitters de preferencia entre normas en caso de oposición, pero sólo luego de un esfuerzo de interpretación armonioso que trate de compatibilizar las normas encontradas<sup>22</sup>.

Finalmente queda por dilucidar la "complementariedad de los derechos enunciados en la parte dogmática de la Constitución". Para Bidart Campos, el sentido de la expresión es claro: "si son complementarios, es imposible que una norma de uno de esos instrumentos quede sin valor, sin vigencia, sin aplicabilidad, o sin efecto, ya que lo que es complementario confiere 'complemento' a algo a lo cual acompaña"<sup>23</sup>. Para Badeni, la noción de complementariedad hace referencia a 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"<sup>24</sup>.

Ahora, quizás sea posible encarar un nuevo intento por desentrañar el sentido de la jerarquía constitucional de estos tratados de derechos humanos. Jiménez entiende que ello significa que esos tratados serán "una pauta de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos"<sup>25</sup>; lo que no es poco, pero tampoco nos lleva demasiado lejos: la Constitución misma es una pauta de interpretación obligatoria para los poderes constituidos. Vicente y Rodríguez han reconstruido un sistema de relaciones entre las partes componentes de este bloque de constitucionalidad federal y han arribado a la con-

<sup>21</sup> Hitters, "Nada nuevo...", *Cleris*, 24-VIII-94. Badeni, Gregorio ("Soberanía y reforma constitucional", *E.D.*, t. 161, pág. 885) parece estar de acuerdo con esta visión al afirmar que "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".

<sup>22</sup> Vicente y Rodríguez, *op. cit.*; Barroso, *op. cit.*

<sup>23</sup> Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, pág. 564.

<sup>24</sup> Badeni, Gregorio, *op. cit.*, pág. 886.

<sup>25</sup> Jiménez, *op. cit.*, pág. 305.

clusión de que: "las normas de la primera parte de la Constitución Nacional son jerárquicamente superiores a las de los tratados con jerarquía constitucional; las normas de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma o superior jerarquía que las de la segunda parte de la Constitución Nacional, pero las normas de la primera parte de la Constitución Nacional poseen la misma jerarquía que las de la segunda parte de la Constitución Nacional. En este sistema, las jerarquías no tienen carácter transitivo; pero ello no convierte al sistema en un sistema irracional"<sup>26</sup>. Por debajo de este bloque se halla el resto del ordenamiento jurídico argentino. Bidart Campos se opone a esta interpretación y sugiere que la jerarquía constitucional opera como niveladora de normas por lo que, en caso de conflicto, se debe acudir al principio *pro homine*, a favor de la ideología personalista que invade nuestro texto constitucional<sup>27</sup>. De igual modo se expide Dulitzky: "Para ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, la restricción constitucional debería decir que los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y en caso de conflictos entre unos y otros prevalecerá siempre el que otorgue mayor protección a la víctima"<sup>28 29</sup>.

#### *El inciso 2º del artículo 75*

Esta norma habilita al Congreso Nacional a delegar —Bidart Campos entiende que sería mejor hablar de transferir— competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales. Esta transferencia se encuentra condicionada a que este tipo de tratados se formalicen en "condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos". Agrega además que, "las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". Se trata

<sup>26</sup> Vicente y Rodríguez, *op. cit.*, pág. 921.

<sup>27</sup> Cf. Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI.

<sup>28</sup> Dulitzky, *op. cit.*, pág. 953.

<sup>29</sup> Hitters, Martínez y Tempesta, *op. cit.*, pág. 1081, advierten que este criterio "no resuelve el problema en caso de un conflicto entre individuos que invocan derechos diferentes en colisión".

del derecho comunitario que, por su propia naturaleza supra-estatal, se encontrará por encima del ordenamiento normativo interno<sup>40</sup>.

Es cierto que según Hadeni<sup>41</sup> tal vez sea demasiado pronto para proclamar la extinción de la unidad política tal cual la conocemos representada por el Estado-nación. El Estado seguirá siendo por algún tiempo el sujeto primordial de las relaciones internacionales, pero, no debe olvidarse tampoco que las constituciones se hacen con la perspectiva de su perdurabilidad y, en este sentido, no parece desacertado que los reformadores hayan previsto el surgimiento de unidades políticas más vastas que los Estados. Este mismo inciso establece una diferenciación según estos tratados de integración se realicen con Estados latinoamericanos o no. En el primer caso, la aprobación de los instrumentos internacionales requerirá de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. En el segundo caso se producirá un doblamiento: en primer término se declarará la conveniencia de aprobación del tratado con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara y en una segunda instancia, pasados 120 días del primer paso, se aprobará el tratado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara. La denuncia de estos tratados exige la previa aprobación de la mayoría absoluta del total de miembros de cada cámara.

Es cierto que el reformador no previó la posibilidad de acordar tratados de integración que incluyan ambos tipos de Estados, como el NAFTA<sup>42</sup>, pero ello no quita valor al importante paso dado por la reforma. Hadeni interpreta que tal transferencia de competencias no implica peligro alguno para la supremacía constitucional debido a que "no se advierte

<sup>40</sup> Ramírez Calvo entiende que esta disposición puede prestarse a malas interpretaciones y se pregunta si esas normas "¿serán aquellas dictadas por las organizaciones supraestatales o las que dicta la autoridad nacional a los efectos de poner en ejecución el tratado respectivo?" (Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los tratados internacionales", *L.L.*, t. 1993-B, pág. 778). Es cierto que la redacción no es lo suficientemente clara.

<sup>41</sup> *Op. cit.*

<sup>42</sup> Cf. Sebasy y Orsinda, *op. cit.*, pág. 118.

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<sup>43</sup>. El autor citado además, sostiene que para este tipo de tratados sigue vigente el imperativo de la sujeción a las normas de derecho público constitucional (cf. art. 27 de la Constitución).

#### *Críticas de técnica legislativa*

Además de las mencionadas fórmulas poco claras utilizadas por el reformador, son objeto de observaciones el hecho de que se haya equiparado las declaraciones a los tratados<sup>44</sup>, la falta de regulación de los llamados "agreements" o acuerdos simples que no requieren de la intervención del Congreso<sup>45</sup>, la no inclusión dentro de los tratados con posibilidades de gozar de jerarquía constitucional de los tratados de derecho humanitario y del derecho internacional de los refugiados<sup>46</sup>, el vacío existente respecto del derecho internacional consuetudinario.

Una última observación podría acercarse: la Constitución argentina ha receptado una clasificación según la cual algunos tratados prevalecerán sobre otros, pero esta diferenciación no existe en el derecho internacional, sino que todos se hallan en un mismo pie de igualdad<sup>47</sup>.

#### *Clasificación de los tratados en la Constitución de 1994*

Seguidamente transcribiré algunas clasificaciones doctrinales de los tratados que recepta la Constitución reformada de 1994 de manera de hacer más aprehensibles sus relaciones dentro del orden jurídico argentino.

Sabsay y Onaindia proponen un orden de prelación que teniendo a la Constitución como vértice supremo continúa con:

- las declaraciones y tratados internacionales enumerados en el inciso 22 del artículo 75

<sup>43</sup> Badeni, *op. cit.*, pág. 886.

<sup>44</sup> Cf. Dulitzky, *op. cit.*

<sup>45</sup> Cf. Travieso, *op. cit.*

<sup>46</sup> Cf. Dulitzky, *op. cit.*

<sup>47</sup> Cf. Ramírez Calvo, *op. cit.*, pág. 780.

- los tratados de derechos humanos no enumerados en esa disposición pero posibles de adquirir, en el futuro, jerarquía constitucional
- el resto de tratados y concordatos con la Santa Sede
- normas dictadas como consecuencia de un tratado de integración<sup>48</sup>

Sagüés, sin constituir un orden de prelación, diferencia entre:

- tratados y concordatos ordinarios
- tratados y declaraciones con jerarquía constitucional enumerados en el inciso 22 del artículo 75
- demás tratados y convenciones de derechos humanos posibles de adquirir jerarquía constitucional
- tratados de integración latinoamericana
- tratados de integración con otros países
- convenios internacionales celebrados por las provincias según el artículo 124 de la Constitución<sup>49</sup>.

Las listas me merecen dos comentarios. En primer lugar, no encuentro motivo para diferenciar entre los tratados enumerados explícitamente por el artículo 75 inciso 22 que tienen rango constitucional y los que posteriormente adquirirán esta jerarquía. Estos últimos deberían equipararse a los tratados ordinarios hasta tanto el Poder Legislativo no eleve su jerarquía al nivel constitucional. Y una vez que este paso se hubiere realizado, no habría por qué diferenciar entre aquellos convenios internacionales a los que el texto constitucional les concedió la jerarquía suprema y aquellos que la han obtenido posteriormente como consecuencia de una decisión del Poder Legislativo en cumplimiento de una opción constitucional. En segundo término, encuentro reparos a denominar tratados internacionales a los convenios celebrados por las provincias. Entiendo, junto con De la Guardia<sup>50</sup>, que es, al menos, discutible la consideración de las provincias como sujetos plenos de la comunidad internacional. No obstante

<sup>48</sup> Sabany y Ossandía, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>49</sup> Sagüés, *op. cit.*, pág. 1037.

<sup>50</sup> De la Guardia, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", E.D., t. 150, pág. 1089.

ello, no es posible negar la nueva competencia constitucional que poseen al respecto. Mientras en el pasado les estaba vedado la celebración de tratados políticos (cf. anterior art. 108), ahora el nuevo artículo 124 les posibilita "celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional".

### CONCLUSIONES

Fraguada al amparo de las luchas de poder presentes en todo proceso constituyente, la reforma de 1994 ha introducido, en materia de los tratados, una nueva relación normativa coincidente con el cambio del derecho judicial de la Corte desde 1992 y con el movimiento latinoamericano en aquel sentido.

La reforma constitucional argentina de 1994 insertó a la Argentina en un movimiento más innovador y progresista respecto del tratamiento de los tratados dentro del ordenamiento interno y de la jerarquización constitucional de aquellos que se refieran a los derechos humanos. Sigue, en esta línea, a las constituciones más avanzadas de Perú de 1978, Nicaragua de 1987 (que es la única junto con la argentina que posee una enumeración de los instrumentos de derechos humanos que jerarquiza con rango constitucional) y la de Guatemala de 1985. También deben mencionarse respecto de la especial tutela deparada a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales a las Constituciones de Chile de 1989, de Brasil de 1988 y de Colombia de 1991.

La reforma ha incorporado un giro monista si se entiende por ello a la prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno; ahora algunos tratados internacionales sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad federal que configura el vértice de la pirámide jurídica argentina. Pero enseguida debe matizarse esta afirmación al apreciar que el resto del derecho internacional se encuentra inmediatamente por debajo de la Constitución —aunque por encima de las leyes, hecho éste que importa una declaración de superioridad que no existía antes de la reforma—.

Pero incluso todo el andamiaje de fórmulas que siguen a aquellos instrumentos declarados con jerarquía constitucional podría significar la posibilidad de poner reparos de derecho público constitucional para excusarse de su cumplimiento. En la inteligencia de que ninguna aserción podrá ser duradera en tanto no se produzca el natural proceso evolutivo que enfrentará a la Constitución material con la Constitución formal es que considero que la práctica política y jurídica futura será la que podrá acercar una respuesta más confiable al respecto.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1994.
- Bedeni, Gregorio, "Soberanía y reforma constitucional", *E.D.*, t. 161, pág. 879.
- Barroso, Fernando, "La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos", *E.D.*, t. 163, pág. 922.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1992.  
— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- "Los tratados internacionales de derechos humanos en la reforma constitucional", *E.D.*, t. 158, pág. 1046.
- Bruzón, Juan Carlos, "La primacía del tratado sobre la ley", *E.D.*, t. 160, pág. 249.
- De la Guardia, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", *E.D.*, t. 159, pág. 1089.  
— "El nuevo texto constitucional y los tratados (II)", *E.D.*, t. 161, pág. 895.
- Dulitzky, Ariel, "La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina", *E.D.*, t. 163, pág. 936.
- Esmeldjian, Miguel Ángel, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apunta al proceso de integración regional latinoamericana", *E.D.*, t. 160, pág. 246.
- Hitters, Juan Carlos, "Nada nuevo con los tratados", *Clarín*, 24-VIII-1994.
- Hitters, Juan Carlos - Martínez, Oscar José, Tempesta, Guillermo, "Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994", *E.D.*, t. 158, pág. 1074.

- Jiménez, Eduardo Pablo, "Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos", *E.D.*, t. 163, pág. 900.
- Kachana, Robert O. y Nya, Joseph S., *Poder e Interdependencia*, Cel, Buenos Aires, 1988.
- Lerente, Javier Armando, *Comentario a la Reforma de 1994. Constitución de la Nación Argentina*, GOWA, Buenos Aires, 1994.
- Mancayo - Viruosa - Gutiérrez Passa, *Derecho Internacional Público*, T. I, Zavalta, Buenos Aires, 1994.
- Pardo, Alberto Juan, "Inteligencia e interpretación de una disposición de un tratado. Régimen internacional de la forma", *E.D.*, 9TV/1996.
- Ramayo, Raúl Alberto, "Nueva doctrina de la CSJN, y sus potenciales consecuencias institucionales en el ámbito de las jurisdicciones internacional, nacional y provincial", *E.D.*, 9TV/1996.
- Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los Tratados internacionales", *L.L.*, t. 1996-B, pág. 773.
- Ruza, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Sabag, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994.
- Sagüés, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1936.
- Traverso, Juan Antonio, "La reforma constitucional argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1318.
- Vicente, Daniel Eduardo y Rodríguez, Jorge L., "Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994", *E.D.*, t. 163, pág. 911.