

§ 3. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. ESPECIAL REPASO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

- a) *La relación entre la constitución y el derecho internacional*
 - i) **Regulación constitucional: arts. 27, 30, 31 y 75 incs. 22 y 24**

Desde el punto de vista normativo la constitución argentina adhiere, sin dudas, al principio de supremacía constitucional⁷¹⁸ entendido como la exigencia impostergable que deben observar todas las disposiciones jurídicas aplicables en el marco del ordenamiento nacional, sean éstas de origen internacional o interno, en cuanto a su congruencia con el sistema enunciado por la carta política, *so pena* de verse impedida su vigencia a través del control de constitucionalidad, susceptible de ser ejecutado por los poderes del Estado, en particular por el Judicial. En el derecho argentino la base de tal principio surge del reconocimiento que ha hecho el constituyente de 1853 –el cual continúa rigiendo en la actualidad– en cuanto a la

⁷¹⁸ Vicente define la supremacía constitucional como el mecanismo en virtud del “cual existe en todo derecho positivo una gradación jerárquica de normas en cuya cúspide se halla la norma suprema (Constitución), generada sea en función de un presupuesto hipotético..., sea en función de reconocer al derecho natural o al valor justicia como fundamento último de ella, y de la que se desprende el principio dinámico del derecho” (VICENTE, Daniel E., “Reflexiones sobre la nueva relación de supremacía constitucional”, ED 160, 854 [1995]). De conformidad con el principio de supremacía, afirma Zarini, “la constitución da fundamento... al restante orden jurídico-político del Estado” (ZARINI, Helio J., “Derecho constitucional”, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 61).

ubicación de la ley fundamental como la Norma de mayor y “suprema” jerarquía jurídica⁷¹⁹.

La interpretación del propio texto constitucional da respaldo suficiente a la pretensión de ubicar a la ley primera en la posición más alta de la escala de normas que vigoran en el derecho nacional. En efecto, ello surge, además del tenor del preámbulo, de sus arts. 5º, 22, 23, 27, 28, 30, 31, 33 y 67, ampliado luego de la reforma de 1994 a los arts. 36, 43, 75, incs. 22 y 24, 93, 112, 123 y 128. Ninguna disposición tendrá posibilidad de ser tenida como aplicable a un caso determinado si infringe los principios garantidos a lo largo de la carta magna puesto que, como lo prescribe el art. 3º de la ley 27 –al establecer la naturaleza y funciones de la justicia nacional (capítulo I)–, uno de los objetivos del Poder Judicial federal “es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”⁷²⁰.

A los fines de la presente investigación resultan particularmente relevantes, como normas que definen la jerarquía jurídica vigente, los arts. 27, 30, 31 y 75 incs. 22 y 24.

El *primero* de los citados –analizado *ut supra*– exige que las normas internacionales, de naturaleza convencional, deben estar en concordancia con los principios de derecho público contemplados en la constitucional nacional (Primera y Segunda Partes de su texto). La garantía de respecto por tales principios, enunciada de manera imperativa, no establece ninguna excepción, aunque sólo menciona a las normas internacionales que provengan de un tratado⁷²¹; el resto de las disposiciones del derecho internacional, no alcanzadas por el art. 27, quedan cubiertas –con el mismo rigor– por los demás artículos constitucionales.

⁷¹⁹ Algunos autores, sin embargo, consideran que la supremacía constitucional no se pierde si es la propia constitución la que determina la existencia de normas que se sitúen por sobre su estatura normativa; para esta posición doctrinaria la supremacía la inviste la norma que tiene la capacidad de establecer las distintas gradas jerárquicas, sin que sea imprescindible que, en virtud de tal reparto, se ubique ella en el escalón superior (BIDART CAMPOS, Germán, “Reflexiones sobre la rigidez...”, cit., pág. 547, aunque agrega que ha tenor de los arts. 27 y 31 ello resulta difícil de mantener; con posterioridad a la reforma constitucional ver, *del mismo autor*, “Manual... reformada”, tomo I, cit., págs. 334 y 340). En la misma dirección, BARROSO, Fernando, “La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, ED 163, 923 y 925 [1995]; PIZZOLO, Colagero, “Constitución y Derecho Comunitario. Análisis de una relación problemática”, ED 175, 871 a 872 [1998].

⁷²⁰ Concordantemente para otros autores la supremacía de la carta política “se halla también reconocida por el art. 21 de la ley 48” (MONCAYO, Guillermo R.-VINUESA, Raúl E.-GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., “Derecho Internacional Público”, tomo I, ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1981, pág. 60); en forma diversa, ver ARMAS BAREA, Calixto A., “Derecho internacional público...”, cit., págs. 62 a 63.

⁷²¹ Para Armas Barea la referencia a los “tratados” que contiene el art. 27 constitucional significa “que estrictamente no deben comprenderse en él otro tipo de normas del derecho de gentes (consuetudinarias, principios generales, decisiones de organismos internacionales y ius cogens)” (ARMAS BAREA, Calixto A., “Derecho internacional público...”, cit., pág. 59).

Por su parte, el *art. 30* de la ley fundamental⁷²², que adscribe al sistema argentino a la categoría de la rigidez constitucional, permite la modificación del texto de la constitución “en el todo o en cualquiera de sus partes” sólo a través del mecanismo que dicho artículo establece, esto es, en un primer paso la declaración de la “necesidad” de la reforma por acto del congreso de la Nación adoptado con el voto de las dos terceras partes de sus miembros y, en un segundo momento, la convocatoria de una Convención *ad hoc* que llevará a cabo la reforma propiamente dicha, en los términos que le fije la declaración congresional antes mencionada. Únicamente a partir de la observancia de ambas etapas de este procedimiento (declaración de necesidad y Convención de Reforma Constitucional) resultará factible alterar las disposiciones constitucionales, no estando regulado, al contrario siendo prohibido, cualquier otro mecanismo, sin distinción de su origen o naturaleza⁷²³. La prescindencia de lo dispuesto en la constitución nacional, por aplicación de una norma externa –cualquiera sea su naturaleza, consuetudinaria o convencional–, afectaría sustancialmente el *art. 30* puesto que se estaría modificando, de forma indirecta, lo prescripto en la ley mayor no habiéndose respetado el procedimiento que se ha estipulado a tal fin⁷²⁴. El *art. 30* constitucional, así definido, constituye un fundamento complementario⁷²⁵ que apuntala la jerarquía extraordinaria que beneficia a la constitución⁷²⁶.

La siguiente disposición (*art. 31*) individualmente considerada no se dirige de forma inmediata a establecer una jerarquía distinta de la que rige entre el derecho federal y el de origen local. En principio, su contenido se orienta a definir, por un lado, las normas que componen el ordenamiento jurídico federal, esto es la constitución propiamente dicha, las leyes del congreso que de ella se deriven y los tratados con las demás naciones y, por el otro, el rango normativo que debe otorgárseles frente al conjunto de disposiciones que forman el sistema jurídico de

⁷²² Sin cambios desde la constitución de 1853, siendo (con algunas alteraciones) el *art. 21* en la Carta de 1949.

⁷²³ Cf. arts. 36 y 39, inc. 3º, de la constitución; este último concordante –en parte– con el *art. 21*, inc. 3º, de la constitución de 1949.

⁷²⁴ Ver BADENI, Gregorio, “Soberanía...”, cit., pág. 886; BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, cit., págs. 284 a 285; *del mismo autor*, “La incorporación...”, cit., pág. 1061; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 199 a 200.

⁷²⁵ En el fallo “Cafés La Virginia” (1994, cit.) el juez Boggiano (§25 de su voto concurrente), al referirse al *art. 27* de la Convención de Viena I y su valor normativo en el derecho interno, argumentó que su «necesaria aplicación» obliga a los órganos del Estado nacional a dar primacía a los tratados frente a un eventual conflicto con una norma interna «[s]in perjuicio, claro está, de la supremacía constitucional, asegurada, en general, por su tipología rígida (*art. 30 Constitución Nacional*) y respecto de los tratados por el *art. 27 de la Constitución Nacional*».

⁷²⁶ Diversamente, para Armas Barea varios ejemplos (entre otros, la ratificación de la Convención de París de 1856 –sobre principios de derecho marítimo–, de la Carta de la ONU y del Pacto de San José de Costa Rica) demuestran que, no obstante la redacción del *art. 30* de la ley fundamental, varios “ítems de la Constitución han sido modificados fácticamente por ciertos tratados” (ARMAS BAREA, Calixto A., “Derecho internacional público...”, cit., págs. 60 a 62).

cada una de las provincias, a saber las constituciones y leyes locales. Los primeros, en tanto son calificados como “la ley suprema de la Nación” obligan a las autoridades y al derecho provincial a disponer de conformidad con ellos; los tres tipos normativos, constitución nacional, leyes y tratados, configuran la “ley suprema” tanto para la Nación como para las Provincias.

Ahora bien, en el contexto que se viene exponiendo el art. 31 también ejerce influencia –aunque de modo indirecto– sobre el principio de primacía constitucional⁷²⁷. Repárese que la norma en cuestión sólo parecería exigir que el ajuste normativo con la carta política debe darse con relación a las leyes del congreso, en tanto condiciona su calidad de normas supremas de la nación a que sean dictadas “en... consecuencia” de la constitución, es decir en observancia de sus prescripciones, con lo cual si aquellas fueran contrarias al contenido de esta última no serían susceptibles de revestir aquella jerarquía. No obstante, si se tiene en cuenta lo estipulado en el art. 27, aquella condición que deben guardar las leyes del congreso se halla implícita en lo que hace a los tratados y normas internacionales convencionales, a los fines de disfrutar del rango de leyes supremas de la nación. Como bien lo explicara el juez González Calderón, según la constitución nacional, «*los tratados internacionales no pueden conceptuarse como parte de la Ley Suprema sino en tanto y en cuanto son concertados en consecuencia de ella (Constitución, art. 31), vale decir, siempre que no estén en contradicción con la misma*»⁷²⁸.

— *Tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional*

La reforma constitucional de 1994 incluyó dos incisos importantes dentro del art. 75, el cual regula las atribuciones del congreso. El inc. 22 que ya existía en el texto constitucional histórico, aunque en su nueva redacción reconoció explícitamente el principio de primacía de los tratados sobre las leyes (párr. 1º) y otorgó

⁷²⁷ Para Ruiz Moreno el art. 31 constitucional “proclama la supremacía del Derecho Interno sobre el Internacional” (RUIZ MORENO, Isidoro, “El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema”, 1^a edición, ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1941, pág. 17 (si bien se cita la 1^a edición, en la 2^a [ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1970] el autor mantiene lo dicho en aquella). En cambio, para Bidart Campos la prevalencia de la que da cuenta el art. 31 es del derecho federal, es decir la Constitución, las leyes y los tratados, sobre el derecho local, sin establecer, al mismo tiempo, la jerarquía de los acuerdos internacionales dentro del derecho federal (BIDART CAMPOS, Germán J., “La incorporación...”, cit., pág. 1061); en igual sentido, VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., pág. 217; y Dictamen de la PTN, *Ministro de Cultura y Educación*, 1967, cit. (apart. V.4, párr. 1º).

⁷²⁸ Sentencia CSJN “Juan Sigfrido Becker y otros”, 27.06.1947 (Fallos 208:39; considerandos del voto en disidencia del juez González Calderón). Así también, DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, op. cit., pág. 510; GARCÍA, Eduardo A., “Manual de Derecho Internacional Público”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 34; MÉNDEZ SARMIENTO, Emilio A., “Cuestiones de derecho constitucional. Sobre la soberanía de la Constitución”, ED 16.01.98, págs. 1 y 3.

jerarquía constitucional a una serie de **instrumentos internacionales en materia de derechos humanos** (párr. 2º); y el *inc. 24* (introducido por la reforma constitucional) que además de prescribir la facultad del poder legislativo para aprobar tratados de integración de tipo supranacional, extendió aquel principio (prevalecencia sobre las leyes) a las normas que se deriven de estos tratados.

A los fines de comprender la trascendencia y, en particular, los alcances de las modificaciones instituidas a partir de 1994, especialmente en lo que hace al párrafo segundo del citado inciso 22, resulta clarificador resumir algunos antecedentes, entre ellos la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional en los términos del art. 30 de la constitución.

El 29 de diciembre de 1993 el congreso nacional en cumplimiento del art. 30 constitucional dictó la ley 24.309⁷²⁹, a través de la cual declaró la necesidad de reforma “parcial” de la constitución (art. 1º). Entre los temas que fueron “habilitados” para su tratamiento por la Convención Reformadora (art. 3º, inc. “I”) se encontraban los vinculados a Institutos para la Integración y a la jerarquía de los Tratados internacionales. La Convención Constituyente se reuniría, según el art. 4º, “con el *único objeto* de considerar las reformas al texto constitucional” contenidas en el núcleo de coincidencias básicas (art. 2º) y en los asuntos habilitados por el congreso (art. 3º)⁷³⁰. Las competencias fijadas por los arts. 2º y 3º eran de carácter imperativo y “todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente” que signifiquen un apartamiento de aquéllas resultarían “nulas de nulidad absoluta” (art. 6º). Por último, en atención al carácter parcial de la reforma, el parlamento colocó una valla adicional infranqueable puesto que prohibió a la Convención “introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional” (art. 7º).

Como se observa la ley declarativa de la necesidad de reforma, que en cuanto a la limitación de la tarea del convencional constituyente implica una norma a la que debe observancia como a la constitución misma, puesto que abre el texto de la carta política a las modificaciones que ella determina, fijó en esta oportunidad restricciones claras e incontrastables, adicionando –aunque ello deviene superfluo⁷³¹– las sanciones que operarían de no respetarse aquellos límites.

Al llevar a cabo la revisión el constituyente^[*], haciendo uso de la habilitación fijada en la ley declarativa, dio base constitucional al principio de prevalencia

⁷²⁹ BO 31.12.93.

⁷³⁰ La cursiva no es del original.

⁷³¹ Así lo consideró la CS en la sentencia “Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento”, 19.08.99 (Fallos 322:1616; §§6º, párr. 3º y 10 del voto de la mayoría). En la doctrina ver, GELLI, María A., op. cit., págs. 237 y 240.

* NOTA: todas las citas que se realizan respecto de la Convención de 1994 han sido extraídas de la obra “Convención Nacional Constituyente 1994. República Argentina”, ed. (en soporte: CD-ROM) Ministerio de Justicia de la Nación y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Buenos Aires, 1998.

de los tratados sobre las normas legislativas internas al dejar establecido en el inc. 22 (párrafo primero) del art. 75 que tanto los tratados como los concordatos “tienen jerarquía superior a las leyes”.

A su vez, a pesar de que el art. 3º, inc. “i”, de la ley 24.309 no distinguió entre clases de rangos normativos que podrían reconocerse a los tratados en atención a su contenido, el legislador concedió “jerarquía constitucional” a once instrumentos internacionales⁷³² que versan sobre protección de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, párrafo segundo⁷³³)⁷³⁴; alguno de los cuales habían sido aprobados previamente por actos de sustancia legislativa. Entre estos últimos: la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y su *Protocolo Facultativo*, la *Convención sobre la Prevención y la Sanación del Delito de Genocidio*, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de*

⁷³² Originariamente, la Comisión que elaboró el proyecto en la Convención Nacional Constituyente de 1994 (CNC 1994), de Integración y Tratados Internacionales (CNC 1994, CIyTI), había sugerido que fueran veinte (20) los documentos a los cuales se les debería reconocer el mencionado privilegio jerárquico (Cf. CNC 1994, CIyTI, Dictamen N° 7, 13 de julio de 1994: “Derechos humanos” párr. 12º).

⁷³³ El pasaje prescribe, luego de enumerar a los instrumentos a los que se refiere, 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”.

⁷³⁴ De la Guardia destaca que los dos primeros instrumentos enumerados en el inciso 22, las “Declaraciones” Universal (DUDH) y Americana (DADDH), no constituyen técnicamente “tratados” desde el punto de vista del derecho internacional, atento a que las mismas no conforman un acuerdo de voluntad que origine derechos y obligaciones entre las Partes contratantes cuyo incumplimiento derive en responsabilidad internacional [DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional...” (I), cit., pág. 1085]. Ver también, DULITZKY, Ariel, “La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina”, ED 163, 943 y 945 a 946 [1995] –dicho autor critica también la técnica legislativa de la equiparación entre los tratados y las declaraciones, sin perjuicio del valor jurídico que ambos puedan llegar a tener–; VÍTOLO, Alberto M., “Luces y sombras en la nueva constitución”, en “Estudios sobre la reforma constitucional” (Juan C. Cassagne, dir.), ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 385.

De cualquier modo, cabe destacar aquí, en relación a la DADDH, la OC-10/89 [Opinión Consultiva] de la Corte I.D.H.. En dicho parecer, el tribunal reconoció que «*la Declaración no es un tratado*» en los términos del art. 64.1 del PSJCR, ni tampoco «*es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena porque no fue adoptada como tal*». No obstante, continúo la Corte Interamericana, puede argumentarse «*a manera de interpretación autorizada*» que los antecedentes de la misma llevan a considerar que «*los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA*»; dicho en otros términos, «*la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta [de la OEA]*». Por todo lo cual, concluyó la Corte I.D.H., «*[l]a circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto*» (Corte I.D.H., interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89, de 14 de julio de 1989, Serie A N° 10; §§23, 33, 34, párr. 3º, 43, 45 y 47). Cf., asimismo, art. 29, inc. “d”, Pacto de San José.

todas las Formas de Discriminación Racial, la *Convención* sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la *Convención* contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la *Convención* sobre los Derechos del Niño⁷³⁵; a los que cabe agregar dos actos internacionales que no han sido aprobados legislativamente⁷³⁶: la *Declaración Americana* de los Derechos y Deberes del Hombre y la *Declaración Universal* de Derechos Humanos. En la presente lista cabe incluir a la *Convención Interamericana* sobre Desaparición Forzada de Personas⁷³⁷, a la cual el congreso nacional, luego de haber sido aprobada legislativamente⁷³⁸, le otorgó rango constitucional por ley 24.820⁷³⁹, según las prescripciones del inc. 22 (párrafo tercero) del art. 75⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, citada (aprobada por ley 23.054, citada); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por Resolución N° 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abiertos a la firma en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (los tres aprobados por ley 23.313, citada); Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la III^a Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948 (aprobada por decreto-ley 6.286/56, 09.04.1956, BO 25.04.56); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en Nueva York, el 13 de julio de 1967 (aprobada por ley 17.722, 26.04.1968, BO 08.05.68) y en vigor para la República Argentina a partir del 14 de agosto de 1985; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por Resolución 34/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980 (aprobada por ley 23.179, 08.05.1985, BO 03.06.85); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, citada (aprobada por ley 23.338, citada), y Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (aprobada por ley 23.849, citada).

⁷³⁶ Y según la información suministrada por la “Base de Datos del Sistema Argentino de Informática Jurídica” (SAIJ; <http://www.saij.jus.gov.ar>), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tampoco han sido objeto de publicación en el BO.

⁷³⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada durante la 24^a Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará (Brasil); en vigor desde el 28 de marzo de 1996 (art. XX); firmada por la Argentina el 10 de junio de 1994, ratificada (sin reservas ni declaraciones interpretativas) el 31 de octubre de 1995 y depositado el instrumento el 28 de febrero de 1996.

⁷³⁸ Ley 24.556, 13.09.95 (BO 18.10.95).

⁷³⁹ Ley 24.820, por la que se aprueba la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, 30.04.97 (BO 29.05.97). Esta es la *primera* oportunidad en la cual el parlamento ha hecho uso de su nueva facultad de conferir estatuta constitucional a los tratados sobre derechos humanos, según el sistema introducido por la reforma de 1994. El art. 1º de la ley dispone: “Apruébase la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su vigésima cuarta Asamblea General (Ley 24.556) en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional”.

⁷⁴⁰ En la actualidad se encuentra en elaboración, en el ámbito del poder ejecutivo, un proyecto de ley (expte. original del MRECIyC; N° [provisorio] DICOL 4/02) tendiente a elevar a rango constitucional el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 [Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998]; en vigor desde el 1 de julio de 2002). Argentina firmó el Estatuto el 8 de enero de 1999, ratificándolo el 8 de febrero de 2001. La aprobación interna fue otorgada por ley 25.390 (30.11.00, BO 23.01.01).

En la exposición de motivos, el poder ejecutivo justificó la concesión del beneficio normativo “en razón de su extraordinaria importancia para la promoción y fortalecimiento de los derechos humanos consagrados en

Se ha discutido doctrinariamente si el beneficio otorgado a los tratados de derechos humanos mencionados, en cuanto a su *status normativo* (“jerarquía constitucional”), implica darles carta de ciudadanía en el interior de la ley mayor, es decir si con ello se ha querido significar que se “incorporan” al texto mismo de la constitución.

Más allá de los argumentos dados en este último sentido por parte de algunos autores⁷⁴¹, y de la relativa confusión terminológica en la que incurren algunos pasajes de la jurisprudencia de la Corte Suprema⁷⁴², debe concluirse decididamente por la orientación contraria⁷⁴³. En efecto, la disposición constitucional bajo análisis no deja resquicio para la discusión, los instrumentos enumerados por el

los instrumentos que ya gozan de rango constitucional”; no obstante, a continuación, explicitó que el tratado “[e]s, al mismo tiempo, un instrumento de gran complejidad técnico-jurídica, y su interpretación y aplicación práctica podrían suscitar dificultades para los órganos del Estado que deban aplicarlo”, por lo que la aprobación solicitada “brindaría la máxima jerarquía a las obligaciones contraídas en virtud del Estatuto, lo que permitiría dar preeminencia a éstas [sic] en los eventuales conflictos normativos que pudieran llegar a producirse en su aplicación” (párrs. 4º y 6º). Tal confesión resulta, al menos, preocupante, en particular por los efectos que se derivan de la circunstancia de conceder semejante estatura jerárquica a un acuerdo como el de marras.

⁷⁴¹ Así por ejemplo, COLAUTTI, Carlos E., “Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución”, LL 1994-D, 1146; ver también, DULITZKY, Ariel, op. cit., págs. 957 y 958; SPOTA, Alberto A., “El derecho de la integración, en las constituciones de los Estados partes del Mercosur. La Constitución Argentina”, en Conclusiones del Congreso Internacional..., cit., tomo I, pág. 261. Dentro de la misma orientación podría incluirse a De la Guardia en cuanto elogia la inclusión del párrafo tercero del inciso 22 (mecanismo de denuncia de los tratados con rango constitucional) pues “de lo contrario probablemente habría que convocar a una asamblea constituyente *ad hoc*” [DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional...” (I), cit., pág. 1086].

⁷⁴² Sentencias CSJN “Nardelli”, 1996, cit. (§15, párr. 1º, del voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert); “Monges/UBA”, 1996, cit. (§31 del voto de la mayoría); “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 27.12.96 (Fallos 319:3241; §49, párr. 2º, del voto de la mayoría); “Domagoj c/Página 12”, 1998, cit. (§10 del voto concurrente del juez Moliné O’ Connor); “S., V. c/M., D. A. s/medidas precautorias”, 03.04.01 (Fallos 324:975; §8º del voto en disidencia del juez Belluscio); “Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios – sumario”, 25.09.01 (Fallos 324:2895; §§5º del voto de la mayoría y 4º del voto concurrente del juez Belluscio); “Felicetti”, 2000, cit. (§6º del voto de la mayoría). A su vez, en idéntico sentido pueden verse los siguientes dictámenes del procurador general, en las causas respectivas: sentencias CSJN “Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/casación e inconstitucionalidad. (La Tablada)”, 19.10.99 (Fallos 322:2488; apart. III, párr. 4º, del dictamen); “Nicolaides”, 2000, cit. (párr. 26º del dictamen); “Spacarstel, Néstor A. c/El Día S.A.I.C.F. s/daño moral”, 05.02.02 (Fallos 325:1119; apart. III, párrs. 4º y 6º, del dictamen); “Burlando, Fernando Andrés c/Diario El Sol de Quilmes”, 18.02.03 (Fallos 326: pendiente de publicación; apart. III, párr. 3º, del dictamen); “Banco Nación Argentina s/sumario averiguación defraudación”, 10.04.03 (Fallos 326: pendiente de publicación; apart. V, párr. 2º, del dictamen).

⁷⁴³ Durante el debate parlamentario, en el seno de la Convención constituyente, el miembro informante sostuvo ante la sesión plenaria del cuerpo, en referencia a los instrumentos jerarquizados constitucionalmente, que “no es que la integren estrictamente [a la constitución], sino que la complementan en igualdad de rango” (CNC 1994, en pleno, 22º Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 2 de agosto de 1994; 2º miembro informante convencional Barra, párr. 21º). En la doctrina, ver en la misma posición, ALBANESE, Susana, “Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional”, ED 163, 933 [1995]; BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, tomo I, 1ª reimpresión, ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, págs. 337 y 342; GELLI, María A., op. cit., pág. 520; MASNATTA, Héctor, “Tratados internacionales de Integración Económica. Posición jerárquica del derecho derivado del MERCOSUR en el orden de prelación de las normas

inciso 22, con más los que el congreso sume a esta lista, “*tienen*” una jerarquía equiparada a la de la ley primera, pero nada más ha concedido el constituyente⁷⁴⁴.

Además del tenor literal de la norma –ya de por sí contundente– existe un argumento adicional, de igual o mayor peso e importancia, el cual viene dado por los límites pautados por el congreso al dictar la ley de necesidad de reforma, puesto que en dicha oportunidad –como fue señalado– se prohibió, *so pena* de nulidad absoluta, modificar la Primera Parte de la Carta, entre cuyas disposiciones figura el art. 30 que fija un procedimiento especial y específico para cualquier revisión del texto constitucional. De considerarse que los tratados y declaraciones sobre derechos humanos han “ingresado” al articulado de la constitución, el congreso nacional al hacer uso de la atribución conferida por el párrafo tercero del inciso en causa (jerarquización constitucional de otros tratados) estaría modificando la constitución, a través de una vía distinta y por tanto prohibida⁷⁴⁵ por el art. 30⁷⁴⁶ y, como se vio, por la ley declarativa⁷⁴⁷. Finalmente, la afirmación expuesta viene confirmada por el párrafo segundo del inciso 22 puesto que al ejercitarse la atribución conferida por dicho apartado (procedimiento de desjerarquización constitucional y denuncia), de ser correcta la interpretación contraria (que los tratados son

jurídicas según nuestra Constitución”, ed. Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Buenos Aires, 2001, pág. 15; SAGÜES, Néstor P., “Los Tratados Internacionales...”, cit, pág. 1038; *del mismo autor*, “Jerarquía constitucional...”, cit., pág. 1; *ibidem*, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno”, JA edición “Conmemoración de su 80º aniversario...”, cit., pág. 415.

⁷⁴⁴ Repárese que de ser correcta la interpretación contraria, la constitución nacional (histórica), que antes de la reforma tenía 110 disposiciones hubiera pasado a tener –sin contar las demás reformas introducidas en otras materias (19 artículos adicionados, sin incluir nuevos incisos)– ni más ni menos que 541 artículos. En efecto, tal es el resultado que se obtiene si se suma a las normas de la constitución nacional (1853) el articulado (de fondo y de forma) de todos los tratados mencionados en el inciso 22, más los que hasta el momento ha elevado el congreso a tal categoría. La cantidad de artículos (431) por cada uno de los instrumentos referidos se halla distribuida de la manera que sigue: 38 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 30 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; 82 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 31 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 53 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 14 de su *Protocolo Facultativo*, 19 de la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 25 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 30 de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 33 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruel, Inhumanos o Degradantes* y 54 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (409), más 22 de la de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Más que una convención de reforma constitucional, acotada en los términos de la ley declarativa (art. 30, constitución), habría ocurrido una verdadera Convención Nacional constituyente de carácter quasi originario.

⁷⁴⁵ Así también RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., págs. 774 a 775.

⁷⁴⁶ Cf. también art. 36 de la constitución.

⁷⁴⁷ Extremo aceptado por la doctrina que mantiene esta orientación, bajo el argumento de que la reforma de 1994 “flexibilizó” el procedimiento de revisión constitucional (COLAUTTI, Carlos E., “Los Tratados Internacionales...”, cit., págs. 1146 y 1150).

“parte” del articulado constitucional), se estaría modificando la ley fundamental a través de un mecanismo no habilitado para tal fin por su art. 30⁷⁴⁸.

Tales instrumentos tendrán la mencionada jerarquía siempre “en las condiciones de su vigencia” en el ámbito internacional, esto es con los alcances con que el Estado argentino contrajo el compromiso de su observancia⁷⁴⁹. Lo dicho significa tener en cuenta, particularmente, las “reservas” y “declaraciones interpretativas” que la Argentina efectuó al momento de la firma del convenio, del depósito del instrumento de ratificación o posteriormente⁷⁵⁰. Por ello, los instrumentos beneficiados con la nueva jerarquía rigen y son aplicables con las restricciones que puedan surgir, eventualmente, de aquellos actos internacionales soberanos, puesto que la Nación ha tenido la voluntad de quedar vinculada dejando a salvo supuestos especiales o estableciendo la forma y el modo en que se considera constreñida jurídicamente.

⁷⁴⁸ Ramírez Calvo considera que el mecanismo de denuncia (legislado en el inciso 22, párrafo segundo) infringe indirectamente el art. 30 de la carta política (y con ello la ley de necesidad de reforma), al permitir que ambos poderes, ejecutivo y legislativo, puedan retirar la jerarquía constitucional que la propia constitución ha conferido a los tratados enumerados en el inciso 22, por ello –agrega– la denuncia tendrá efectos sólo respecto de los demás Estado contratantes, no así en el ámbito del derecho interno en el cual sólo una convención constituyente podrá privarlos de aquel *status privilegiado*; la solución es diferente en el supuesto de los tratados que se jerarquicen constitucionalmente con posterioridad, pues aquí es el congreso nacional –y no una convención– el que actúa (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., págs. 776 a 778). Así también, FARRANDO, Ismael, “Los tratados de integración y la reforma constitucional”, en “Derecho constitucional de la reforma de 1994” (Pérez Guilhou, coord.), tomo II, ed. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, 1995, pág. 36.

⁷⁴⁹ Tal entendimiento, que forma parte de las reglas básicas del derecho internacional, había sido puesto en tela de juicio por el dictamen de la comisión de la Convención constituyente que trató el tema en primer término, en atención a la nueva jerarquía otorgada a los instrumentos mencionados en la norma (cf. CNC 1994, ClyTI, Dictamen N° 7, cit.: “Derechos humanos”, párr. 16º); no obstante, en oportunidad del debate plenario, se dejó constancia expresa de la interpretación técnicamente correcta, esto es que los tratados, cualquiera sea su naturaleza, lo cual incluye a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, a los convenios de integración y demás actos internacionales, rigen en el derecho argentino en los términos en los que el Estado asumió internacionalmente la obligación respectiva, es decir teniendo en cuenta los alcances y condiciones impuestas en virtud de las reservas y declaraciones depositadas [cfs., entre otros, CNC 1994, en pleno, 22^a Reunión, citada; 2^o miembro informante convencional Barra (párrs. 22º y 24º); en la misma Reunión, especialmente, la intervención del convencional Natale (párrs. 26º y 27º)].

⁷⁵⁰ BARROSO, Fernando, op. cit., pág. 926; GELLI, María A., op. cit., págs. 517 a 518; LEGARRE, Santiago, “El Tratado Internacional...”, cit., pág. 1022; RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen...”, cit., punto III.1; RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., pág. 775; SABSY, Daniel A., “Integración y supranacionalidad a excepción de los desarrollos europeos recientes; bases constitucionales y límites. La Experiencia del Mercosur”, presentación para el Simposio “Process of European and Global Constitutionalization” en ocasión del 50^o Aniversario de la Constitución alemana, 15 de mayo de 1999, Berlín; extraido del sitio de FARN [Fundación Ambiente y Recursos Naturales]: <http://www.farn.org.ar> – visitado el 22.10.2002–, punto IV.2, pág. 14; SAGÜES, Néstor P., “Los Tratados Internacionales...”, cit, pág. 1038; VANOSSI, Jorge R.-DALLA VIA, Alberto R., “Régimen constitucional de los tratados”, 2^a edición, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 323 a 324.

De esta manera puede decirse que tanto los instrumentos sobre derechos humanos mencionados por el inc. 22 del art. 75, como las reservas y declaraciones interpretativas a ellos adicionadas por el gobierno argentino adquieren “jerarquía constitucional”.

Lo dicho no carece de practicidad puesto que varios de los pactos, convenciones y declaraciones contienen reservas y declaraciones interpretativas⁷⁵¹. En el caso del PSJCR ha de tenerse en cuenta que la República Argentina al momento de depositar la ratificación, además de la reserva referida a su art. 21 y de las declaraciones interpretativas⁷⁵², hizo valer en el instrumento respectivo que “[e]l presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigentes o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”⁷⁵³. Esta declaración, que por cierto no figura dentro de la reserva propiamente dicha, ni tampoco dentro de las declaraciones interpretativas, constituye materialmente una reserva en el sentido del derecho internacional que debe entenderse aplicable, como bien enseña Barberis⁷⁵⁴, “respecto de aquellas disposiciones del Pacto de San José que se oponen a la Constitución”⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ La ratificación del PIDESC fue acompañada de varias reservas vinculadas a los derechos soberanos de la Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur; similar situación ocurrió con respecto al PIDCP y a su Protocolo Facultativo, anexándose además una reserva al art. 15 del PIDCP a fin de hacerlo compatible con el art. 18 de la constitución nacional; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio contiene la reserva Argentina a sus arts. IX y XII; en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se hizo reserva del art. 29, párr. 1º; la Convención contra la Tortura, fue complementada con declaraciones interpretativas sobre la competencia del Comité contra la Tortura para recibir y examinar las comunicaciones dirigidas por otro Estado parte o por particulares; por último, la Convención de los Derechos del Niño rige en cuanto a la Argentina, con la reserva de los incs. “b”, “c”, “d” y “e” del art. 21 y según las declaraciones interpretativas de los arts. 1º, 24, inc. “f” y 38.

⁷⁵² La reserva argentina al art. 21 tiene el siguiente tenor: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”. Por su parte las declaraciones interpretativas estuvieron vinculadas a los arts. 5º, inc. 3º (sobre las sanciones penales vicariantes), 7º, inc. 7º (sobre detención por deudas) y 10 (sobre error judicial). En cuanto al reconocimiento de la competencia de la Corte I.D.H., lo fue sin límite temporal, bajo condición de reciprocidad y únicamente sobre los casos que involucren la “interpretación o aplicación de la citada Convención”. Finalmente, también se dejó constancia de que “las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación”.

⁷⁵³ Instrumento de ratificación del Gobierno argentino de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmado por el Presidente de la Nación Dr. Raúl Alfonsín (su texto puede verse en “Tratados y Documentos Internacionales”, recopilación y notas de José I. García Ghirelli, 11^a edición renovada por Paz García Ghirelli, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2000, págs. 262 a 263).

⁷⁵⁴ El mismo autor agrega que “[i]ndependientemente del nombre jurídico que se dé a esta cláusula, ella es una reserva pues tiene efectos de tal” (BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., pág. 184, con cita de la opinión de Ruda).

⁷⁵⁵ Cabe destacar que la Corte I.D.H. –consultada por la Comisión Interamericana sobre la interpretación de las disposiciones del Pacto relativas a las reservas (arts. 74 y 75), a los fines de la determinación del momento de su entrada en vigencia–, ha considerado que «*la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera*

En el marco de los límites expresados también deberá atenderse a la jurisprudencia que establezcan los tribunales encargados de la aplicación e interpretación de cada convención, en el supuesto en que haya sido debidamente reconocida su competencia al efecto; ello así pues tales órganos conforman los operadores jurídicos “naturales” y por esencia del sistema instaurado en cada caso, es decir constituyen la jurisdicción especializada en el ámbito del convenio en cuestión.

El constituyente dejó expresa mención de que, no obstante la jerarquía otorgada a estos instrumentos, los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”⁷⁵⁶. En primer lugar, dicho pasaje podría llegar a considerarse (relativamente) superfluo⁷⁵⁷, en tanto y en cuanto se repare en que tal limitación surge explícita a partir de las disposiciones de la ley declarativa de la reforma constitucional. En este sentido, aún cuando la frase en comento no estu-

reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado», agregando a continuación que «*la Corte hace ver que dicho artículo 20.1 [Convención de Viena I], al hablar de “una reserva expresamente autorizada por el tratado”, no se está limitando por su propio texto, a reservas específicas. Un tratado puede expresamente autorizar una o más reservas específicas, o reservas en general. Esto último, que es lo que la Corte estima que ocurre en la Convención Americana, significa que las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas. En este sentido, la Corte desea enfatizar que, al contrario del artículo 19(b) de la Convención de Viena, que sí se refiere a “determinadas reservas”, el artículo 20.1 no contiene tal restricción y, por lo tanto, permite la interpretación del artículo 75 de la Convención Americana en la forma indicada en la presente opinión*» (Corte I.D.H., *el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 2; §§35 y 36). Si bien es cierto que lo dicho no agotó el tratamiento de las cuestiones vinculadas a la reserva del Pacto, «*[p]uesto que el presente caso se refiere solamente a cuestiones relacionadas con la entrada en vigor de la Convención, [por lo que] la Corte no considera necesario pronunciarse sobre otros problemas que podrían surgir en un futuro en relación con la interpretación y aplicación del artículo 75 de la Convención y que, a su vez, podrían requerir que la Corte examine las disposiciones de la Convención de Viena aplicables a reservas no consideradas en esta Opinión*», el tribunal enfatizó asimismo que «*[d]esde luego, los Estados partes [y la Comisión] tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar ese su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla*» (*ibidem*; §§39 y 38, respectivamente), lo cual resulta pertinente mencionar en atención al tiempo que ha transcurrido desde el depósito del instrumento de ratificación por el Gobierno argentino, el cual contiene las reservas identificadas *ut supra*.

⁷⁵⁶ Para Badén, la expresión viene a significar que la jerarquía de este tipo de instrumentos internacionales “es inferior a la atribuida a la Constitución por su artículo 31” (BADENI, Gregorio, “Soberanía...”, cit., págs. 885 y 886; *del mismo autor*, “Reforma constitucional...”, cit., pág. 159; *ibidem*, “La jerarquía constitucional...”, cit., pág. 42).

⁷⁵⁷ En opinión de Ramírez Calvo la expresión, además de innecesaria en atención al art. 7º de la ley declarativa de la reforma, es poco feliz y lleva a la confusión (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *op. cit.*, págs. 775 y 776). Colautti también califica esta expresión como “sobreabundante”, aunque por razones sustancialmente diferentes (COLAUTTI, Carlos E., “Los Tratados Internacionales...”, cit., pág. 1147). Por su parte, para Rabbi-Baldi la frase en cuestión “aunque técnicamente superflua” desde la óptica de la interpretación armonizadora, “es, además de doctrinariamente irreprochable, una guía valiosísima a la hora de interpretar una cuestión que, tanto por su considerable originalidad jurídica, como por su elevado nivel de controversia producto de los importantes intereses económicos aparentemente comprometidos, exigía de ciertas pautas orientativas para los partícipes de la realidad jurídica” (RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen...”, cit., punto III.2.A).

viera contenida en el artículo modificado, la valla de la irrevisión (cualquiera sea su sentido) de los artículos de la Primera Parte de la carta magna regiría sin men-
guia de su efectividad⁷⁵⁸. Sin perjuicio de ello, la oración tiene un valor adicional frente a determinadas posiciones doctrinarias que –a pesar de estar dirigidas hacia un mayor garantismo de las libertades fundamentales– amplifican los alcances de la jerarquía conferida a los tratados con rango constitucional, flexibilizando las limitaciones impuestas por el art. 30 de la constitución⁷⁵⁹ en concordancia con los arts. 4º, 6º y 7º de la ley 24.309, de tal manera que muchas veces resultan de dudosa constitucionalidad⁷⁶⁰. Lo que se viene afirmando tiene su importancia puesto que en la Parte Dogmática de la constitución (en extremo protegida por la ley declarativa) se encuentran las normas que preservan y garantizan la supremacía constitucional frente a todas las disposición, internacionales y nacionales, susceptibles de aplicación en el derecho argentino. Por el juego de los arts. 30 de la constitución, 4º, 6º y 7º de la ley 24.309 y del propio art. 75, inc. 22, los arts. 27, 30 y 31, ubicados en la Primera Parte de la ley fundamental permanecen incólume frente a las modificaciones instrumentadas por la reforma de 1994, debiendo hacerse cargo cualquier interpretación en contrario de la sanción de “nulidad absoluta” prescripta por el art. 6º de aquella ley y, adicionalmente, de la inconstitucionalidad por violación del dispositivo que establece el mecanismo de revisión de la Carta (art. 30)⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ Para algunos autores, la Parte Dogmática de la constitución fue alterada profundamente con la jerarquización constitucional de los tratados del inciso 22, párrafo segundo (COLAUTTI, Carlos E., “Los Tratados Internacionales...”, cit., págs. 1145 y 1150).

⁷⁵⁹ Se ha dicho en tal sentido que la concesión de jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos ha tenido como consecuencia transformar la ley fundamental, en cuanto a su régimen de reforma, de constitución “rígida” a “semirrígida” atento a las facultades conferidas al parlamento por el art. 75, inc. 22, párrafo tercero (SAGÜES, Néstor P., “Los Tratados Internacionales...”, cit., pág. 1039), o al menos ha creado un “mecanismo adicional de reforma constitucional” (DULITZKY, Ariel, op. cit., págs. 946 a 947; en el mismo sentido, BARRA, Carlos R., “Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales”, ED 176, 999 [1998]; *del mismo autor*, “Fuentes del ordenamiento de la integración”, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, pág. 218, nota 16; RECALDE DE VILLAR, María C., “Tratados internacionales. Jerarquía normativa”, LL 01.08.95, pág. 2); así también, GELLI, María A., op. cit., pág. 521, para quien dicha jerarquización ha flexibilizado la rigidez propia del texto constitucional histórico.

⁷⁶⁰ Como bien señala Ramírez Calvo, el art. 7º [y concordantes] de la ley declarativa prohibió “afectar, directa e indirectamente, la parte dogmática de la Constitución” (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., págs. 773 y 775).

⁷⁶¹ También se expiden por la primacía de la constitución, en este caso de las disposiciones de la Parte Dogmática, en el supuesto de existir conflicto con alguno de los instrumentos con jerarquía constitucional: BARROSO, Fernando, op. cit., pág. 926; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El bloque de constitucionalidad federal: sus jerarquías internas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema y la novedosa doctrina sobre los derechos implícitos”, Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 185, año XVII, septiembre 2001, ed. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, págs. 5 a 6; RECALDE DE VILLAR, María C., op. cit., pág. 2; VICENTE, Daniel E., op. cit., pág. 859; VÍTOLO, Alberto M., op. cit., págs. 386 a 387. Además de ello, también aceptan, eventualmente, el control de constitucionalidad de tales convenios: SAGÜES, Néstor P., “Los Tratados Internacionales...”, cit., pág. 1038; *del mismo autor*, “Jerarquía constitucional...”, cit., págs. 1 y 2 (en este caso, en lo que se refiere a los tratados que el congreso eleve a rango constitucional); DULITZKY, Ariel, op. cit., pág. 955. Otros autores mantienen

Si bien la norma analizada declara que los tratados jerarquizados constitucionalmente no pueden derogar “artículo alguno” de los ubicados en la Parte Dogmática, tal expresión debe entenderse como sinónima de “principios de derecho público constitucional”, a fin de acomodar su hermenéutica al contenido del art. 27 de la constitución que –como se dijo– estaba inmune a la actividad reformadora. La mención plasmada en la disposición del inciso 22, garantizaría con un mayor alcance la supremacía constitucional, pues no sólo protegería los principios de la Carta sino también los artículos individualmente considerados, alterando así el mandato que surge del art. 27 y por tanto devendría en una norma inoperativa; de allí la hermenéutica que se expone.

Por otro lado, la frase deja en suspenso –en principio– la suerte que correrían los artículos ubicados en la Parte Orgánica. El inciso 22 sólo menciona que los tratados con rango constitucional no pueden derogar los artículos “de la primera parte” de la ley fundamental, guardando silencio en cuanto al resto del articulado. ¿Significa ello que tienen potestad derogatoria de los artículo de la Segunda Parte?. Evidentemente, se impone la respuesta negativa⁷⁶². En efecto, como se ha visto los límites constitucionales y legales impuestos al legislador de la reforma impedían alterar los artículos de la Parte Dogmática, dentro de los cuales figura el artículo 30 que regula el único mecanismo válido para llevar a cabo una revisión del texto constitucional. Aceptar que los tratados con rango privilegiado (inc. 22, párr. segundo) pueden alterar normas de la Parte Orgánica significaría infringir el art. 30 y por lo tanto transformar en inconstitucional tal modificación. Por similares razones, en atención a los arts. 27 y 31 de la constitución, aquellos tratados, además de no poder derogar los artículos de la Segunda Parte, tampoco tienen supremacía sobre tales normas; ello así toda vez que el art. 27 no discrimina entre los principios de derecho público constitucional de una u otra Parte, en sus términos la vigencia de las normas foráneas, aún las jerarquizadas por el inciso 22, se subordinan a su debida conformidad con todos y cada uno de los principios mencionados, cualquiera sea su ubicación dentro del articulado constitucional. A pesar de lo dicho debe destacarse que existen autores que mantienen la orientación contraria⁷⁶³.

igual criterio (primacía de la ley fundamental), aunque sin distinguir entre la Primera y la Segunda Parte de la constitución o aplicando la misma solución para ambos supuestos: BAVA BUSSALINO, Pablo, “El Derecho y las sedes del poder trasnacional”, ED 26.12.01, pág. 1; BAZÁN LAZCANO, Marcelo, “Las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales (Consideraciones sobre la jerarquía de unas y otras y sobre el alcance de la regla *nullum crimen sine lege* en relación con ellas)”, ED 15.11.01, pág. 9; LEGARRE, Santiago, “El Tratado Internacional…”, cit., págs. 1016 a 1017 (nota 23), 1022 y 1023; LOÑ, Félix R.-MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema y el candidato con prisión preventiva”, LL suplemento de Derecho Constitucional 30.11.01, pág. 14; SLAIBE, María E., “Los derechos humanos y las leyes de emergencia”, LL 07.03.02, pág. 1.

⁷⁶² Cf. también, RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., págs. 775 a 776.

⁷⁶³ Cfs. BARROSO, Fernando, op. cit., pág. 926 (con la salvedad de que el tratado en causa no se oponga a la Primera Parte de la constitución); IBARLUcíA, Emilio A., “Un motivo de reforma constitucional: la compe-

Existe también una tercera posición entre los autores que mantiene que tanto las disposiciones de la Primera y la Segunda Parte del texto de la Carta y los tratados sobre derechos fundamentales, jerarquizados por el propio inciso 22 o por el congreso nacional, disfrutan todos del mismo rango constitucional y *status normativo*⁷⁶⁴.

Concordantemente con lo expresado en los párrafos anteriores, la nueva redacción del inciso 22, además de garantizar la inmodificabilidad de la Primera Parte de la ley mayor, agregó que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía privilegiada “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, lo cual significa que su operatividad en el derecho argentino con rango constitucional se halla subordinada a su previo asiento normativo, o su concordancia sistemática con las prerrogativas fundamentales contenidas en la Parte Dogmática de la constitución. En términos generales, ello no ofrece mayores obstáculos si se tiene en cuenta la amplitud de la declaratoria de derechos y garantías afincada en la Primera Parte de la constitución, en particular a tenor del art. 33⁷⁶⁵.

Sin perjuicio de volver sobre esta disposición, debe destacarse que la prevalencia suprema de la constitución tampoco se ve afectada por el inc. 24 del art. 75; más aún, esta norma en relación con el inc. 22 (párr. primero) del mismo artículo reafirma aquella posición prevalente de la ley fundamental, puesto que las normas que se derivan de los tratados de integración que cumplan con los requisitos establecidos “tienen jerarquía superior a las leyes”, mientras que los tratados de base, en atención al rango otorgado por el inciso 22, disponen de supremacía aunque sólo sobre las normas de rango legal.

Por lo dicho, aún con posterioridad a la alteración efectuada por el convencional de 1994, los convenios internacionales, sean sobre derechos humanos con jerarquía constitucional o el resto de los tratados, se mantienen en un rango normativo inferior⁷⁶⁶ a la constitución⁷⁶⁷.

tencia originaria de la Corte y la garantía de la doble instancia (a propósito del fallo de la CS en el caso ‘Felicetti’), ED 20.12.01, pág. 8; RECALDE DE VILLAR, María C., op. cit., pág. 2; SAGÜES, Néstor P., “Los Tratados Internacionales...”, cit., pág. 1038; *del mismo autor*, “Jerarquía constitucional...”, cit., págs. 2 y 3 (en esta oportunidad la prevalencia es de los tratados jerarquizados constitucionalmente por el congreso, en los términos del art. 75, inc. 22, párrafo tercero); VICENTE, Daniel E., op. cit., pág. 859.

⁷⁶⁴ BIDART CAMPOS, Germán, “Manual... reformada”, tomo I, cit., págs. 342 a 347. Por su parte, para Vanossi y Dalla Vía los tratados jerarquizados constitucionalmente por el art. 75, inc. 22, de la constitución no podrían ser declarados inconstitucionales por los tribunales nacionales (VANOSSI, Jorge R.-DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., pág. 322).

⁷⁶⁵ BARRA, Rodolfo C., “El rol de la justicia en el proceso de integración”, LL 1992-B, 860; SAGÜES, Néstor P., “Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional (A propósito del Pacto de San José de Costa Rica)”, LL 1986-C, 1019 y 1024 a 1025.

⁷⁶⁶ Para Bidart Campos, tras la reforma constitucional de 1994 la cuestión ha de resolverse a partir de la herramienta del “bloque de constitucionalidad”, la cual define como “un conjunto normativo *que parte de la constitución y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita*”, en cuyo seno “suele situarse... a los tratados internacionales, al

Como se observa, la Convención Constituyente debe respetar, en el ejercicio de sus atribuciones revisoras, las restricciones impuestas por la ley declarativa de la reforma. A tenor de la jurisprudencia de la Corte los poderes de aquella Convención no pueden reputarse absolutos, ni carentes de límites, «*porque el ámbito de aquéllos se halla circumscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas “...al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los que descansa la Constitución” (Manuel Gorostiaga,...)»*⁷⁶⁸.

Desde el punto de vista formal, como lo ha establecido la Corte Suprema, la inmunidad judicial de que disfruta, en principio, el procedimiento de formación y sanción de las leyes en cuanto al control de constitucionalidad se extiende también al acto de reforma constitucional, salvo el «*supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley*», oportunidad en la cual aquella inmunidad desaparece⁷⁶⁹.

Por ello, la máxima jurisdicción nacional reconoció en el caso “Fayt” que la reforma constitucional es un acto judicialmente revisable⁷⁷⁰, lo cual se impone a

derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”; la finalidad de dicho bloque es “acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la constitución, y en la *integración* de los vacíos normativos de la misma”. En su opinión, a la hora de conceptualizarse el principio de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, además de las normas concordantes de la ley primera, “es imperioso asimismo” considerar los tratados sobre derechos humanos que hayan sido jerarquizados constitucionalmente por la Convención o por el congreso, atento a que los mismos “revisten igual *supremacía* de la constitución, y aunque no forman parte del texto de la constitución, se hallan fuera de él a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal” (BIDART CAMPOS, Germán, “Manual... reformada”, tomo I, cit., págs. 276, 337, 342 y 372. Las cursivas figuran en el original). Ver también, BARROSO, Fernando, op. cit., pág. 926; DULITZKY, Ariel, op. cit., pág. 955; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, op. cit., pág. 4; SPOTA, Alberto A., “Artículo 125 de la Constitución Nacional...”, cit., pág. 2; *del mismo autor*, “El derecho de la integración...”, cit., pág. 262; VICENTE, Daniel E., op. cit., págs. 857 a 860.

⁷⁶⁷ Si bien es cierto que ello fue argumentado varios años antes de la reforma de 1994, resulta de actual vigencia (pos CNC 1994) la afirmación de Goldschmidt según la cual el respeto de los principios constitucionales prescripto en el art. 27 es de aplicación a cualquier clase de tratados y no sólo a los tipos que la norma menciona (GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía...”, cit., pág. 110). En contra, Armas Barea para quien la norma del art. 27 tiene en cuenta “solamente” las relaciones convencionales de “paz y comercio... con lo que quedarían excluidas las referentes a un caso de guerra”, o las vinculadas a situaciones bélicas, o las que amenacen la paz y las que constituyan una agresión (ARMAS BAREA, Calixto A., “Derecho internacional público...”, cit., pág. 59, con cita del capítulo VII de la Carta de la ONU; ver también, CHODOS, Sergio M. “Jurisdicción nacional versus jurisdicción supranacional”, ED 160, 802 [1995]).

⁷⁶⁸ Sentencias CSJN “Ríos, Antonio Jesús s/plantea nulidad parcial de la reforma constitucional - medida de no innovar”, 02.12.93 (Fallos 316:2743; §4º); “Polino”, 1994, cit. (§16, pár. 2º, del voto en disidencia del juez Fayt, con cita *in re “Ríos”*); “Romero Feris, Antonio José c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”, 01.07.94 (Fallos 317:711; §22, pár. 3º, del voto en disidencia del juez Fayt); “Fayt”, 1999, cit. (§§7º del voto de la mayoría y 14 del voto concurrente del juez Vázquez).

⁷⁶⁹ Sentencia CSJN “Soria de Guerrero”, 1963, cit. (§§3º y 4º del voto de la mayoría).

⁷⁷⁰ Sentencia CSJN “Fayt”, 1999, cit. (§§4º a 6º y 16, pár. 2º, del voto de la mayoría, 4º y 5º del voto concurrente del juez Vázquez y 14 del voto en disidencia parcial del juez Bossert).

partir de considerar que la tarea que lleva a cabo la Convención Constituyente está constreñida a lo que ha fijado el congreso nacional a través de la ley de necesidad de reforma⁷⁷¹.

La CSJN no ha convertido estas afirmaciones en meros principios hermenéuticos, sino que ha tenido oportunidad de aplicarlos en el marco de la causa judicial citada en el párrafo anterior. El expediente fue iniciado en virtud de una presentación realizada por uno de los jueces de la Corte Suprema, tendiente a obtener la anulación del inc. 4º (párr. tercero) del art. 99 de la constitución y de la disposición transitoria undécima, ambos introducidos por la RCN 1994, en cuanto infringían el principio de inamovilidad de los miembros del poder judicial⁷⁷². El supremo tribunal tomó conocimiento del asunto tras la apelación extraordinaria interpuesta por el Estado nacional contra la decisión de la CNCont. Adm. (sala 3ª) que, no obstante revocar parcialmente la sentencia de la instancia anterior –en cuanto declaraba la invalidez de la reforma constitucional de 1994–, la confirmó respecto de la admisibilidad de la acción declarativa. En su sentencia, la Corte⁷⁷³, tras recordar los argumentos acerca de la limitación que debe reconocerse a la función desarrollada por la Convención Constituyente, según lo dispuesto en la ley declarativa de la reforma, «*declar[ó] procedente el recurso extraordinario en los términos señalados,... revoc[ó] la sentencia apelada y, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,... [hizo] lugar a la demanda... declara[ndo] la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc 4, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima– al art. 110 de la Constitución Nacional*»,⁷⁷⁴.

Además de los precedentes mencionados (“Polino” y “Romero Feris”), existieron otras impugnaciones vinculadas directamente al tema de esta investigación.

⁷⁷¹ Sentencia CSJN “Fayt”, 1999, cit. (§§7º a 8º del voto de la mayoría y 14 del voto concurrente del juez Vázquez).

⁷⁷² La norma del art. 99, inc. 4º, prescribía que los magistrados de la Corte Suprema y los demás jueces de los tribunales federales, llegados a la edad de setenta y cinco años, requerirían de “un nuevo nombramiento” (según el procedimiento establecido en la misma norma) para la continuidad en el ejercicio del cargo. Además, tal nombramiento tendría una duración de cinco años y podría ser renovado indefinidamente a través del mismo trámite. Por su parte, la cláusula transitoria undécima establecía que lo dispuesto en el art. 99, inc. 4º, entraría en vigencia a partir de los cinco años de la sanción de la reforma constitucional.

⁷⁷³ La sentencia fue adoptada con el voto de una mayoría de cinco jueces, más un voto concurrente (juez Vázquez); hubo una disidencia parcial (juez Bossert) y una abstención (juez Petracchi).

⁷⁷⁴ Sentencia CSJN “Fayt”, 1999, cit. (último párr. de la decisión de la mayoría, ver también §§15 y 16, párr. 3º, de la misma formación y 17 y 20 del voto concurrente del juez Vázquez). Por su parte, la opinión parcialmente discordante del juez Bossert se fundamentó en que la «*limitación a la inamovilidad que impone el citado art. 99 inc. 4º, ha sido establecida respecto de quienes* después de la sanción de la reforma constitucional “*cumplan la edad de setenta y cinco años*”. *Conforme a ello, tal limitación no afecta la inamovilidad del juez Fayt puesto que el actor, nacido el 1 de febrero de 1918, ya había superado esa edad al sancionarse la reforma*», razón por la cual confirmó la decisión impugnada en cuanto resolvió lo atinente a la acción declarativa (*ibidem*, §9º del voto en disidencia parcial del juez Bossert. Énfasis añadido).

En efecto, en el expediente “Unión del Centro Democrático” los amparistas impugnaron la Resolución de la Convención Reformadora de 1994 por la que se incorporaron al texto de la ley fundamental los tratados y demás instrumentos sobre derechos humanos, a fin de que se declare nula dicha inclusión y también la reforma de la Parte Dogmática de la constitución ocasionada por aquella incorporación⁷⁷⁵. En los términos del escrito de presentación, los actores hicieron valer que su solicitud de basaba en que la incorporación de los tratados sobre derechos humanos a la constitución, efectuada por el art. 75, inc. 22, provocaba: (a) la modificación indirecta de la Primera Parte –Dogmática– de la constitución, en contra de lo estipulado por los arts. 2º, 3º, 6º y 7º de la ley de necesidad de reforma constitucional; así ocurría –p. ej.– con el art. 14 de la Carta (sobre prohibición de la censura previa) frente al contenido del art. 14, inc. 1º, del Pacto de San José que permite la censura en casos determinados; (b) la revisión indirecta de los arts. 14 y 17 de la constitución (derecho de propiedad) por el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, fijado en la Declaración Universal de los Derecho del Hombre y en el PSJCR (art. 21); (c) la alteración también indirecta de los arts. 14 y 32 de la ley mayor (proscripción de la censura previa y libertad de prensa) en atención al derecho de réplica consagrado en el Pacto de San José; (d) la modificación implícita del art. 31 de la constitución que no contempla que los tratados tengan rango constitucional; (e) adicionalmente, los amparistas hicieron valer que la presente causa no era de aquellas que constituyen “cuestión política no justiciable”, puesto que la inclusión de los límites a las facultades del poder constituyente derivado y de las consecuencias de su incumplimiento dentro de la ley declarativa de la reforma (art. 7º, nulidad absoluta), disipan aquella idea toda vez que, llegado el caso, la sanción de nulidad deberá ser declarada por el poder judicial⁷⁷⁶.

Llegado el expediente a la CS, ésta declaró su incompetencia para entender en el asunto de forma originaria, en atención a que «*la cuestión planteada no constituye ninguno de los casos que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional* [actualmente arts. 116 y 117] *y a las leyes que los reglamentan, habiliten la jurisdicción de esta Corte*», razón por la cual remitió las actuaciones a la CFed. de Rosario⁷⁷⁷, que era el tribunal competente en virtud de que la Convención Constituyente de 1994 tuvo su sede en Santa Fe. Según las informaciones, a la fecha, la causa se encuentra sin sustanciación⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ La acción de amparo se apoyó principalmente en lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la ley declarativa de necesidad de la reforma constitucional.

⁷⁷⁶ Escrito de presentación de la acción de amparo [inédito; (a) apart. V, párrs. 3º, 9º y 26º; (b) apart. V, párrs. 15º, 17º y 26º; (c) apart. V, párrs. 25º y 26º; (d) apart. V, párrs. 20º a 24º y 26º; y (e) apart. V, párrs. 10º a 14º, respectivamente]. Lo expuesto en el ítem (e) fue luego receptado por la CSJN en la sentencia “Fayt”, 1999, cit. (§§6º, párr. 3º, del voto de la mayoría y 16 del voto concurrente del juez Vázquez).

⁷⁷⁷ Sentencia CSJN “Unión del Centro Democrático”, 23.08.94 (Fallos 317:922).

⁷⁷⁸ Por auto del presidente de la sala “B” Civil de la CFed. de Rosario (juez Tripicchio), de 8 de septiembre de 1994, el expediente (Nº 58.618) fue enviado al juez federal de turno de Santa Fe, quedando radicado en el

ii) Derecho internacional y práctica argentina

La declarada supremacía normativa del texto constitucional argentino, aún frente a las normas internacionales (convencionales y consuetudinarias), suscita cuestiones vinculadas a los principios del derecho internacional que impedirían la alegación de disposiciones internas para justificar un incumplimiento del Estado.

En efecto, la remisión casi automática a lo dispuesto por la Convención de Viena I y, en lo que corresponda, a su similar regulado en la Convención de Viena II, ofrece argumentos que, en principio, debilitan la posición de privilegio que la constitución reserva para sí.

El *preámbulo* de aquella Convención declara como universalmente reconocidos, en lo que aquí interesa, el principio de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda*, agregando que las “controversias relativas a los tratados” deben ser resueltas “de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional”, en el marco del “respeto a las obligaciones emanadas de los tratados”⁷⁷⁹.

El *art. 26*, al definir la regla *pacta sunt servanda*, estatuye que los tratados en vigor “obliga[n] a las partes y debe[n] ser cumplido[s] por ellas de buena fe”; la norma *siguiente* prescribe que, salvo lo regulado en el *art. 46*, los Estados “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La hipótesis literalmente descripta en el *art. 46* permite a las partes alegar, como vicio de su voluntad, “que el consentimiento... en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados”, siempre que dicha “violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (inc. 1º), fijándose que existe una violación de tal entidad “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe” (inc. 2º)⁷⁸⁰. Por otro lado, según la misma Convención, serán nulos los tratados que en el momento de su celebración o con posterioridad, sean contrarios a “una norma imperativa de dere-

juzgado federal N° 1 (juez Brusa), bajo expediente N° 280/94 de la Secretaría de Leyes Especiales. El último decreto del citado expediente, de 15 de septiembre de 1994, lo da por recibido y registrado en el Libro de Entrada y Trámite de la Secretaría. Finalmente, hasta lo que se ha podido averiguar, la causa no fue impulsada, por lo que no se dictó resolución y ha quedado sin tramitación posterior.

⁷⁷⁹ Convención de Viena I, *preámbulo*, párrs. 3º a 5º.

⁷⁸⁰ En el ámbito internacional, la demostración de la que da cuenta el *art. 46* de la Convención por parte del Estado que lo alegue con el fin de eximirse del cumplimiento de un tratado por el cual esté obligado, constituye un expediente en extremo difícil, al punto tal de no ser fácil encontrar en los repertorios judiciales internacionales sentencias de tribunales que hayan aceptado tal defensa como válida en el caso concreto. Para un profundo estudio sobre los procedimientos en los cuales se alegó el *art. 46* de la Convención y la doctrina sobre esta cuestión ver, KOLB, Robert, “La bonne foi en droit international public”, 1ª edición, ed. Presses Universitaires de France, 2000, París, págs. 241 a 260.

cho internacional general” (*jus cogens*), entendiéndose por tal toda “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (*arts. 53 y 64*). Para concluir, según lo determina el *art. 31*, inc. 1º, la regla general en materia de hermenéutica exige la interpretación “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

La lectura de la Convención demuestra que el principio de la buena fe constituye uno de los pilares sobre los que descansa la misma. En tal dirección, resulta oportuno destacar que el mencionado principio rige de manera bipolar en las relaciones internacionales entre los Estados vinculados por un tratado, es decir no sólo para compelir a las partes a dar estricta observancia a las disposiciones convencionales a las que han prestado debido consentimiento, sino también a la hora de reconocer los supuestos en los que la inaplicación del tratado en cuestión no reviste un acto ilícito desde la óptica del derecho internacional. En otras palabras, el *art. 27* de la Convención⁷⁸¹, además de ser entendido –según sus propios términos– “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo

⁷⁸¹ Al narrar la historia de la elaboración del texto del *art. 27* de la Convención (ausente en el proyecto original), De la Guardia y Delpech comentan que la delegación argentina “adoptó en todo momento una actitud sumamente reticente” en cuanto a la propuesta presentada en el Comité de Redacción tendiente a reemplazar de tal artículo la expresión “de su constitución o de sus leyes”, que figuraba en el proyecto de enmienda de Pakistán y en cuya votación la Argentina se abstuvo, por la de “de su derecho interno”, respecto de la cual tanto la Argentina como Venezuela “expresaron su reserva”, en los dos períodos de negociaciones. La reticencia argentina, continúan los autores, no tenía por finalidad “negar su contenido [del artículo], que es irrefutable y hace a la esencia misma del derecho internacional, sino en cuanto a su formulación, relacionada a ciertos precedentes”, en particular la denominada “cláusula argentina”. Según los comentaristas citados, a pesar de la obviedad que encierra la interpretación de dicha cláusula, en el sentido de que lo que ella habilita no es la invocación del derecho constitucional interno sino la cláusula del tratado que la contiene, la delegación nacional dejó expresa constancia en las Actas del 1º y 2º período de negociaciones de la siguiente posición: “Hay un tipo de tratados, y Argentina es parte en varios tratados en vigor de esa índole que contienen la llamada «cláusula constitucional», según la cual ciertas cuestiones reguladas exclusivamente por la constitución del Estado quedan fuera del alcance de las disposiciones del tratado, por el propio imperio del tratado. En tal caso cabe alegar las normas constitucionales pertinentes con respecto al tratado... es el propio tratado el que autoriza a alegar la norma de derecho interno”. Finalmente, cabe destacar que la representación argentina se abstuvo en la votación final del *art. 27* de la Convención (DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, op. cit., págs. 280 y 286 a 288 –en especial nota 720–; DE LA GUARDIA, Ernesto, “Los Tratados en el Derecho Argentino”, en “Dimensão Internacional do Direito”, Estudos em homenagem a Geraldo E. do Nascimento e Silva, ed. LTr, São Paulo, 2000, págs. 238 a 239). Si bien es cierto que resulta atendible esta hermenéutica de la “fórmula argentina” [también defendida por GREÑO, José E., “La «cláusula constitucional», en el Convenio de nacionalidad entre la República Argentina y España”, Anuario Hispano-Luso-Americanico de Derecho Internacional N° 4, 1973, ed. Instituto Hispano-Luso-Americanico de Derecho International, Madrid, págs. 222, 226 a 227 y 229 a 233], y de allí la redundancia para los autores citados, no lo es menos que la justificación de la cláusula nace, no del derecho internacional, sino por exigencia –en el caso argentino– de la constitución, especialmente del *art. 27*.

46”⁷⁸², requiere ser interpretado en el contexto de los arts. 26 y 31, inc. 1º y de las disposiciones pertinentes del preámbulo. Con acierto afirma Barberis, al referirse a la relación que existe entre los arts. 27 y 46 de la Convención, que “el Estado está obligado, según el derecho internacional, a dar cumplimiento al tratado pese a su eventual contradicción con el derecho interno, salvo que se trate de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental. *En general, estas normas son las que forman parte de la Constitución del Estado*”⁷⁸³.

Lo anterior es oportuno recordarlo frente a la actitud del Estado argentino en el ámbito de las relaciones internacionales. En primer lugar, ha de resaltarse que –como lo señala Barberis– “[c]uando un Estado va a celebrar un tratado y analiza el orden jurídico de su contratante, va a examinar principalmente la Constitución y los principios que ella consagra”⁷⁸⁴. En efecto, dicha investigación, por lo general realizada por la Consejería Legal o la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene por finalidad determinar los límites y restricciones formales (vgr., plenos poderes y competencia del funcionario firmante, etapas en la celebración de los tratados, ect.) y materiales (p. ej., normas inderogables de su orden público constitucional, principios informadores de su ordenamiento jurídico, etc.) que el derecho interno del otro Estado participe del acuerdo puede imponer a la facultad gubernamental de obligar internacionalmente a la nación. Obviamente, este repaso normativo deberá reparar, en particular, en la normativa constitucional del Estado del que se trate. En virtud de ello no debe perderse de vista que las disposiciones constitucionales argentinas (en especial, arts. 27, 30 y 31)⁷⁸⁵ han tenido una vigencia que cuenta ya con

⁷⁸² En opinión de De la Guardia y Delpech ambas normas de la Convención (arts. 27 y 46) “son coherentes, y no contradictorias. El art. 27 ordena claramente la primacía del derecho internacional (cumplimiento de un tratado, de conformidad con la norma del art. 26, *pacta sunt servanda*) por sobre el interno, con la salvedad del art. 46 que, a su vez, dispone el mismo principio *con una excepción*: cuando la violación de ese derecho interno haya sido manifiesta y afecte a una norma fundamental del mismo” (DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, op. cit., págs. 287 a 288. El destacado es del original).

⁷⁸³ BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., pág. 166. El resaltado fue agregado. En dirección similar, Badeni agrega que el art. 46 de la Convención de Viena I, al hacer referencia a las disposiciones internas “concerniente a la competencia para celebrar tratados”, ha de entenderse en ambos aspectos “tanto formal como sustancial”. Por otro lado, la disposición convencional, al exigir que la norma interna afectada sea de “importancia fundamental” está haciendo relación a la carta magna puesto que “[t]oda Constitución, y todas sus cláusulas, son normas de importancia fundamental”. Por ello, continúa el autor, un tratado que se oponga a las cláusulas constitucionales estará viciado internacionalmente de nulidad, con la consiguiente inaplicación del art. 27 de la Convención, lo cual se impone, no sólo por fuerza del art. 27 de la Carta, sino también por el art. 46 de la citada Convención (BADENI, Gregorio, “Soberanía...”, cit., pág. 887; *del mismo autor*, “La jerarquía constitucional...”, cit., pág. 38).

⁷⁸⁴ BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., pág. 194; ver también, RIMOLDI DE LADMANN, Eve, “Las provincias y las relaciones económicas internacionales”, ED 165, 931 [1996]; *de la misma autora*, “Los nuevos procesos de integración...”, cit., pág. 102, en especial nota 16; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., pág. 135.

⁷⁸⁵ En igual dirección, en lo que hace a la relación entre los arts. 27 y 30 de la constitución y 27 de la Convención de Viena I, ver RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., pág. 780.

más de ciento cincuenta años, toda vez que han sido sancionadas en 1853 y han permanecido sin cambios hasta la actualidad. De allí que la observancia que el gobierno nacional (en el marco de la actividad de sus tres poderes) debe a las normas mencionadas es susceptible de incluirse dentro del concepto de la buena fe, contenido en la Convención de Viena I⁷⁸⁶.

En segundo término, ha existido desde antiguo una doctrina alegada y defendida por el gobierno nacional en el campo de las relaciones diplomáticas, tan identificada con la Nación que ha sido denominada “cláusula argentina” o “fórmula argentina”, la cual guarda estrecha relación con lo dispuesto en el art. 27 constitucional⁷⁸⁷. Por esta fórmula, la Argentina oficializó a partir de los tratados de arbitraje firmados a fines del siglo XIX una disposición de alcance general, por la cual quedaba exceptuada de la competencia de los árbitros que en cada caso se designaran la resolución de las controversias que involucraran puntos regidos por las normas constitucionales de cualquiera de las Partes contratantes⁷⁸⁸.

La cláusula en cuestión tenía un contenido tipo como el que sigue: “Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a juicio arbitral, todas las controversias de cualquier naturaleza, que por cualquier causa surgieren entre ellas en

⁷⁸⁶ Para Barberis, si se compara el régimen de la Constitución nacional con la Convención de Viena I “se llega a la conclusión de que son compatibles entre sí”. De esta manera, las hipótesis que según la ley fundamental argentina pueden llevar a la declaración de la inconstitucionalidad de un tratado, son las mismas que aquellas contempladas por la Convención (arts. 27 y 46); o, dicho en otros términos, “los casos en que un tratado puede ser declarado inconstitucional coinciden con aquéllos en que un Estado puede invocar la violación de su derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional” (BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., págs. 194 y 195; sobre la compatibilidad entre la Constitución y la Convención, ver págs. 192 a 195).

⁷⁸⁷ Según Cárdenas, en atención al art. 27 de la constitución “los gobiernos argentinos se han visto obligados a incluir, usualmente, en sus relaciones contractuales con terceros Estados la denominada: ‘fórmula argentina’, que no es más que una reserva expresa por la que se sujeta la validez de lo pactado a su conformación con la Constitución Nacional” [CÁRDENAS, Emilio J., “En torno a la constitucionalidad de un eventual mercado común Latinoamericano”, en “Mesa Redonda sobre la Integración de América Latina y la Cuestión Constitucional” (AA.VV.), Universidad Nacional de Bogotá, 6 a 8 de febrero de 1967, publicado bajo el mismo título por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Washington, 1968, pág. 196]. En sentido similar, HUTCHINSON, Tomás-PEÑA, Julián, op. cit., pág. 472; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 39 y 41 a 42. Por su parte, para Greño “este precepto [art. 27], y aquella fórmula [argentina] mantienen centro de referencia común en ámbitos diferentes” (GREÑO, José E., op. cit., págs. 221 a 222).

⁷⁸⁸ La “fórmula argentina” tuvo su origen en el Senado de la Nación, a fines del siglo XIX, en el marco de los debates ocurridos por la aprobación de diferentes tratados sobre arbitraje internacional que el Estado argentino había firmado; en particular cabe destacar la discusión ocasionada durante la tramitación parlamentaria del Tratado con Italia. En dicho debate, según comenta Podestá Costa, la cámara alta incluyó al aprobar el acuerdo una reserva sobre la exclusión de las cuestiones constitucionales como materia de arbitraje; el tratado nunca entró en vigor debido a que el Estado italiano rechazó la cláusula (PODESTÁ COSTA, Luis A., “Deber de la Nación en el Tratado de Arbitraje con Italia”, cit., pág. 21). Sobre los orígenes y antecedentes ver, BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., págs. 176 a 177; GREÑO, José E., op. cit., págs. 210 a 214; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 39 ss.

cuanto no afecten a los preceptos de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionadas mediante negociaciones directas”⁷⁸⁹. La misma fue repetida, además del Tratado con *Uruguay* (1899), en los Tratados Generales de Arbitraje que la Argentina firmó con: *Paraguay* (1899), *Bolivia* (1902), *Chile* (1902), *Brasil* (1905), *Italia* (1907), *Ecuador* (1911), *Venezuela* (1911), *Colombia* (1912), *Francia* (1914) y *España* (1916)⁷⁹⁰⁻⁷⁹¹. En el ámbito de las relaciones contractuales multilaterales la “fórmula argentina” figura en el *Tratado Antibélico* de 1933⁷⁹². Finalmente, una versión más reciente de aquella cláusula se halla contenida en el Tratado con *Chile* de 1972⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Art. 1º del Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Uruguay, firmado en Buenos Aires, el 8 de junio de 1899, aprobado por ley 4.044, citada; en vigor desde el 18 de enero de 1902.

⁷⁹⁰ Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Paraguay (firmado en Asunción, el 6 de noviembre de 1899; en vigor: 5 de junio de 1902), aprobado por ley 4.045, citada; Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Bolivia (firmado en Buenos Aires, el 3 de febrero de 1902; en vigor: 27 de enero de 1903), aprobado por ley 4.090, citada; Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Chile “Acta del Pacífico” (firmado en Santiago, el 28 de mayo 1902; en vigor: 22 de septiembre de 1902), aprobado por ley 4.092 (30.07.1902); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Brasil (firmado en Río de Janeiro, el 7 de septiembre de 1905; en vigor: 5 de diciembre de 1908), aprobado por ley 6.281 (04.11.1908, Adla 1-C, 757); Tratado General de Arbitraje entre Argentina e Italia (firmado en La Haya, el 18 de septiembre de 1907; en vigor: 21 de mayo de 1910), aprobado por ley 6.334 (26.07.1909, Adla 1-C, 757); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Ecuador (firmado en Caracas, el 12 de julio de 1911), aprobado por ley 11.029 (17.08.1920, BO 26.11.20); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Venezuela (firmado en Caracas, el 22 de julio de 1911; en vigor: 24 de mayo de 1924), aprobado por ley 11.030 (17.08.1920, BO 26.11.20); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Colombia (firmado en Washington, el 20 de enero de 1912; en vigor: 1 de agosto de 1921), aprobado por ley 11.031 (17.08.1920, BO 26.11.20); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Francia (firmado en Buenos Aires, el 3 de julio de 1914; en vigor: 4 de octubre de 1916), aprobado por ley 10.073 (27.09.1916, BO 06.10.16); Tratado General de Arbitraje entre Argentina y España (firmado en Buenos Aires, el 9 de julio de 1916; en vigor: 18 de enero de 1917), aprobado por ley 10.072 (27.09.1916, BO 13.10.16). En todos la cláusula figura en el art. 1º.

⁷⁹¹ Según la PTN, esta enumeración no impide considerar, por lo demás, que «*no todos los tratados celebrados hasta la fecha... contienen*» dicha cláusula [PTN, memorándum dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores (ref. Nota N° 4083-S-62), cit. (párr. 3º)].

⁷⁹² Art. 5º, incs. “c” y “d” del Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación entre Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay y Uruguay (firmado en Río de Janeiro, el 10 de octubre de 1933 [Serie Tratados OEA N° 16]), aprobado por ley 12.260 (30.09.1935, BO 23.10.35) y ratificado por la Argentina el 14 de octubre de 1935 (en vigor para el país a los treinta días siguientes, en los términos del art. 15). Este tratado se encuentra vigente para el Estado argentino. Cabe destacar, por un lado, que además de los Estados indicados, con posterioridad han adherido otras naciones no pertenecientes a América, como Bulgaria, Checoslovaquia, España, Grecia (sólo firma), Finlandia, Italia (sólo firma), Noruega (sólo firma), Rumania, Turquía (sólo firma) y Yugoslavia. Por otra parte, el Tratado Antibélico ha caducado para los Estados que han pasado a ser “Partes” en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas [“*Pacto de Bogotá*”, suscrito en Bogotá, el 30 de abril de 1948 (art. LVIII del Pacto); entrado en vigor el 6 de mayo de 1949]. De los países latinoamericanos mencionados al comienzo, han firmado y ratificado el Pacto de Bogotá: Brasil, Chile, México, Paraguay y Uruguay. La Argentina firmó el Pacto de Bogotá con varias reservas que, a pesar de no utilizar un lenguaje explícito, parecen identificarse con la mencionada “fórmula argentina”; de cualquier modo, no ha sido ratificado –a la fecha– por el Estado).

⁷⁹³ Tratado General sobre Solución Judicial de Controversias entre Argentina y Chile (firmado en Buenos Aires, el 5 de abril de 1972; en vigor: 27 de diciembre de 1972; extinguido: 22 de julio de 1982), aprobado por ley 19.961 (21.11.1972, BO 28.11.72); art. I “[I]as altas partes contratantes se obligan a someter a la jurisdicción

Durante el trámite de celebración del Tratado de Arbitraje con Italia de 1907, el poder ejecutivo solicitó la opinión del procurador general⁷⁹⁴, quien se expidió aconsejando que, previo a su conclusión y presentación al congreso para su aprobación, se pusiera en conocimiento del gobierno de Italia «*el criterio de interpretación que, al argentino, imponen los principios de derecho público que lo rigen [...] (art. 27 de la Constitución)*». Ello exigía que el dictamen técnico se expediera acerca del alcance y valor de la citada cláusula argentina. El tal sentido, el procurador expuso que «*debe hacerse saber a aquel Gobierno, que ese criterio y esos principios imponen al nuestro, el concepto de que, dentro de las materias exceptuadas del arbitraje que refiere la primera parte del artículo citado [art. I del tratado], se hallan comprendidas todas aquellas cuestiones que, en cualquier forma, afecten nuestra soberanía, la defensa de nuestro territorio y el amplio funcionamiento de nuestras instituciones; que tal ha sido siempre el concepto argentino en tratados y cláusulas análogas, y que tal es el alcance y espíritu de la expresada excepción en presencia de nuestra existencia como Nación soberana, de la defensa común que nos impone nuestra Carta Fundamental y de la realidad y eficacia de los Poderes e Instituciones que ella crea y organiza*795.

La cláusula en análisis, además de haber sido fundada en el art. 27, respondió también a los preceptos del actual art. 116 de la constitución (ex art. 100, que la reforma de 1994 mantuvo en su redacción original) que coloca bajo la jurisdicción federal –en lo que aquí interesa– “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la

de la Corte Internacional de Justicia todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgiieren entre ellas, en cuanto no afecten a los preceptos de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionadas mediante negociaciones directas”.

⁷⁹⁴ Ver también, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, “Atribuciones legislativas...”, cit., pág. 240.

⁷⁹⁵ En tal contexto el dictamen objetó también –a la postre sin éxito– la segunda parte del art. I del convenio (“[c]uando se trate de cuestiones que según la ley territorial deban ser sometidas a la autoridad judicial, las Partes contratantes se reservan el derecho de no someter el litigio a juicio arbitral, antes de que la jurisdicción nacional se haya pronunciado definitivamente”), argumentando que bajo el criterio de la cláusula argentina –tal como fue definida– la norma en cuestión «*no puede alcanzar a los Tribunales Superiores de la Nación y menos a la Suprema Corte de Justicia, en los asuntos que son materia de sus sentencias definitivas. Es una garantía eficaz y preciosa para las personas y un principio ineludible del derecho público consagrado por nuestra Constitución y por las leyes dictadas en su ejercicio, al que están subordinados los tratados con naciones extranjeras (art. 27). La firmeza y respeto de la cosa juzgada, en los derechos y obligaciones que crean o extinguen las sentencias de los Altos Tribunales, que la Constitución y las leyes, han organizado para la última instancia, que irrevocablemente la declaran y establece (arts. 94, 100 y 101 de la Constitución)*» [Dictamen del Procurador General de la Nación, consulta sobre el Tratado de Arbitraje con Italia, 14 de agosto de 1908 (publicado bajo la colección “Dictámenes en lo Administrativo de los Procuradores Generales de la Nación Argentina”, tomo 2, págs. 507 a 508; párrs. 3º a 5º)]. Cabe aclarar que la publicación “Dictámenes en lo Administrativo...” fue reemplazada posteriormente por la “Colección Dictámenes”, iniciada en 1942.

Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras”.

La fórmula argentina no sólo ha sido utilizada como una opción de política internacional en materia solución de controversias, sino que con posterioridad a su inicial instrumentación en este marco adquirió una fisonomía más cercana a una reserva material de compatibilidad con la constitución, aunque en este caso, a diferencia del supuesto anterior, no logró una reiteración semejante. En esta dirección puede citarse el art. 8º del Convenio de Nacionalidad con España de 1969, el cual dispone que “[l]as disposiciones del presente Convenio serán aplicadas en cuanto *no se opongan* de modo expreso a las *normas constitucionales* vigentes en los países signatarios. En circunstancias excepcionales, podrá suspenderse su vigencia, sin que ello altere la situación jurídica de las personas que, previamente, se hubiesen acogido a las disposiciones del mismo”⁷⁹⁶.

La “fórmula” también fue invocada por Argentina, como luego se verá, al presentar varias enmiendas al Pacto de la SDN, como así también durante la negociación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el marco de la Primera Asamblea de la Liga de las Naciones⁷⁹⁷.

Cabe recordar además que la cláusula fue expresamente alegada por el gobierno nacional –como se anticipó– en el Memorándum anexado a la “Nota de Respuesta” presentada por la Delegación Permanente de la Argentina ante la ONU (1951), fundamentándola, según surge del tenor literal del escrito, en el art. 27 constitucional⁷⁹⁸.

En el fondo, la invocación por el Estado nacional de la tanta veces citada cláusula argentina encierra una declaración de la supremacía constitucional en el derecho interno, con extrapolación al ámbito internacional, de manera compatible con la actuación de buena fe. En efecto, su aplicación reserva la tramitación de casos especiales, aquellos que respondan al criterio (por cierto, de difícil determi-

⁷⁹⁶ Convenio de Nacionalidad entre Argentina y España, firmado en Madrid, el 14 de abril de 1969, en vigor desde el 23 de marzo de 1971 (art. 9º), aprobado por ley 18.957 (23.03.1971, BO 30.03.71). El Convenio ha sido alterado recientemente (aunque sin cambios en la redacción del art. 8º), por un Protocolo Adicional firmado entre ambos países en Buenos Aires, el 6 de marzo de 2001 (de aplicación provisional desde la misma fecha; en vigor: 1 de octubre de 2002), aprobado por ley 25.625 (17.07.02, BO 14.08.02, pág. 3). Las normas constitucionales involucradas al momento de la firma del acuerdo eran los arts. 20, 67, inc. 11 y 108 (actualmente arts. 20, 75, inc. 12 y 126).

⁷⁹⁷ Ver ANTOKOLETZ, Daniel, “Tratado...”, cit., tomo II, págs. 108 a 109, 120 a 121, 141 y 144; tomo III, págs. 502 a 503.

⁷⁹⁸ Memorándum citado, punto 2 “[e]n la República Argentina, los tratados no pueden derogar ningún precepto de la Constitución. Es sobre tal entendimiento que el Gobierno ha actuado en sus relaciones contractuales con los Estados extranjeros, particularmente en sus tratados sobre conciliación y arbitraje, los cuales contienen la reserva conocida como la ‘fórmula Argentina’ haciendo las previsiones de que tales tratados están sujetos a los preceptos de la Constitución”.

nación concreta y anticipada) de la afectación de disposiciones constitucionales, al amparo de la justicia federal argentina, y sabido es que en el ámbito de esta jurisdicción (al igual que en la provincial) el juez resolverá el asunto planteado teniendo en cuenta las normas internacionales y nacionales, siempre y cuando sean compatibles con los principios constitucionales. De allí que la “fórmula”, respetando –por lo demás– la reciprocidad de trato, pues su invocabilidad también era reconocida respecto de las disposiciones constitucionales de la contraparte, tiende a mantener, en última instancia, la aplicación prevalente del ordenamiento constitucional.

La utilización de esta cláusula ha sido iniciada –como se dijo– a fines de 1800 y continuó vigente en gran parte del siglo que siguió. Hasta lo que se sabe, una de las últimas oportunidades que figuró en un tratado firmado por el Estado argentino fue en el Convenio con Chile de 1972. A pesar de que algunos de los instrumentos en los cuales se incluyó la fórmula han perdido vigencia y que no ha vuelto a ser reiterada, resta saber si su valor sólo es histórico o, si por el contrario, tiene vigencia para casos determinados, en particular si se atiende al hecho de que el Protocolo Adicional (2001) al Convenio de Nacionalidad con España (1969), pudiendo haber derogado el art. 8º del acuerdo original, nada estableció al respecto y con ello, tal vez, confirmó su contenido –al menos implícitamente.

No obstante la existencia de doctrina que mantiene una orientación diferente y aún intermedia⁷⁹⁹, la mayoría de los autores son conteste en que la constitución nacional es la ley suprema del Estado, cuya posición es superior a la de las demás normas internas e internacionales⁸⁰⁰, cabiendo a los jueces nacionales darle

⁷⁹⁹ Para Goldschmidt, las normas constitucionales (formales) sobre celebración de los tratados tienen proyección en el derecho internacional, de manera que un acuerdo que infringiera el procedimiento que la Carta ordena seguir en su gestación podría ser invalidado (en los ámbitos nacional y externo), aunque la misma solución no es susceptible de imponerse cuando el tratado no respete el “contenido” de la norma fundamental (GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía...”, cit., pág. 110; *del mismo autor*, “Derecho Internacional...”, cit., pág. 791). Bidart Campos, tras la reforma constitucional y la ratificación de la Convención de Viena I, manifiesta que, no obstante reconocer que en los términos de las normas constitucionales un tratado no podría prevalecer sobre la ley fundamental, lo “coherente” habría sido que la Convención Constituyente reconociera a los tratados jerarquía normativa por sobre la constitución (BIDART CAMPOS, Germán, “Manual... reformada”, tomo I, cit., capítulo V, en especial págs. 340 a 341, 348 a 349 y 370 a 372; ver también, RECALDE DE VILLAR, María C., op. cit., pág. 3).

⁸⁰⁰ También reconocen –en el derecho interno argentino– la preeminencia de la norma fundamental o de sus principios rectores: BADENI, Gregorio, “Soberanía...”, cit., págs. 885 a 887; *del mismo autor*, “Reforma constitucional...”, cit., págs. 158 y 160; *ibidem*, “La jerarquía constitucional...”, cit., págs. 37 y 42; BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., págs. 179 y 193 a 194; BAVA BUSSALINO, Pablo, op. cit., pág. 1; (antes de la RCN 1994) BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, cit., pág. 284; *del mismo autor*, “La incorporación...”, cit., pág. 1061; *ibidem*, “Crítica a dos aspectos...”, cit., pág. 774 (nota 11); BIELSA, Rafael, op. cit., págs. 1079 a 1080; Documento “Sistema jurídico argentino...”, Delegación de Argentina, XII^a Extr. GMC, cit., pág. 2; GALEANO, Juan J., “La delegación...”, cit., puntos 3.b).1).2.c, 3.c).5.3, 4.2.c).a y 4.2.c).a.3, págs. 11, 71, 78 y 79, respectivamente; GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., op. cit., págs. 325 a 327; CÁRDENAS, Emilio J., op. cit., págs. 195 a 196; GELLI, María A., op. cit.,

aplicación preferente si, llegado el caso, no se pudiera lograr una interpretación armonizante con sus disposiciones⁸⁰¹.

De allí que en virtud de las normas constitucionales invocadas, confirmadas en algunos casos por la actuación del gobierno nacional en el marco de las relaciones internacionales, lo cual resulta pertinente a los fines de establecer el alcance que debe reconocerse a la Convención de Viena I en su invocación tanto en contra como a favor del Estado argentino, puede sostenerse, al menos en el marco del ordenamiento (normativo y jurisdiccional) interno, que la posición jerárquica privilegiada y, en consecuencia, la vigencia prevalente se halla pura y exclusivamente reconocida en beneficio de la Constitución⁸⁰².

iii) La orientación jurisprudencial de la Corte Suprema

Resulta oportuno destacar la posición mantenida por la jurisprudencia, en particular la sentada por la Corte Suprema, en torno al rango que debe otorgarse al plexo constitucional frente a las normas internacionales.

Como es sabido, más allá de que la regla uniforme que ha seguido la Corte se mantiene en la actualidad en un sentido definido (B), existe –por lo que se sabe– un sólo precedente en el cual el tribunal mantuvo explícitamente la aplicación de determinados tratados por sobre la constitución nacional (A)⁸⁰³, que, por otro lado,

págs. 220, 516, 517, 521 y 524 (salvo el caso de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional); GREÑO, José E., op. cit., pág. 221; HITTERS, Juan C., “La jurisdicción constitucional...”, cit., págs. 290 a 291; LOÑ, Félix R.-MORELLO, Augusto M., op. cit., pág. 14; MÉNDEZ SARMIENTO, Emilio A., op. cit., págs. 1 y 3; RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen...”, cit., punto II.1.D; RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., pág. 780; REINA, Ana M., op. cit., págs. 342 y 369; RIMOLDI DE LADMANN, Eve, “Oportunidad y necesidad...”, cit., págs. 1462 a 1463 y 1466; TREACY, Guillermo, “El principio de supremacía de la constitución frente a los tratados de integración regional”, LL 06.12.00, págs. 2 y 3; VANOSSI, Jorge R.-DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., págs. 321 a 322 y 325; VÁZQUEZ, Adolfo R., “El Mercosur y su necesaria complementación mediante un Tribunal Supranacional”, LL 1998-F, 1206 a 1207; *del mismo autor*, “La integración económica del continente americano: El mercado común hemisférico”, ED 183, 1461 [1999].

⁸⁰¹ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, “Atribuciones legislativas...”, cit., págs. 242 y 244 a 246; DÍAZ CISNEROS, Cesar, “Derecho Internacional...”, tomos I, cit., pág. 84 y II, págs. 153 a 154; *del mismo autor*, “Incorporación de las normas...”, cit., págs. 795 y 797; HUTCHINSON, Tomás-PEÑA, Julián, op. cit., págs. 471 a 472; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 37 y 217.

⁸⁰² En 1943 G. Calderón escribía “que la Constitución política de cada [Estado], es su suprema ley; mejor dicho –...– es su más suprema ley, a la cual debe imprescindiblemente ajustarse el derecho positivo (interno y externo) del país. Más arriba de la supremacía de la Constitución no hay, no puede haber, ninguna otra supremacía; porque aquélla es la expresión concreta de la voluntad soberana y permanente de la Nación, y esta soberanía es plena y en tal supuesto nada puede estar sobre ello, o no lo es: [...]. De modo, pues, que los tratados internacionales son también parte de la ley máxima de la Nación (art. 31) cuando armonizan con la Constitución federal” (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., op. cit., pág. 201).

⁸⁰³ En términos estricto la referencia a “un sólo precedente” debe ser entendida como abarcativa del conjunto de causas que la Corte Suprema resolvió conjuntamente con el fallo de referencia, en la misma fecha y por idénticos fundamentos. La lista de casos respectiva puede verse en LL 51, 255 [1948] nota 2.

si fuera independizado de su complejo contexto histórico (etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial), perdería, presumiblemente, un dato sustancial para su comprensión⁸⁰⁴.

A) La resolución excepcional a la se hace referencia fue dictada por la CS en el conocido fallo “**Merck**” (1948), que llegó a su conocimiento en virtud de la impugnación extraordinaria interpuesta por la empresa Merck Argentina, compañía vinculada –según el Estado– a sociedades matrices alemana⁸⁰⁵, dirigida contra la sentencia de la Cámara Federal de la Capital.

En primera instancia, el juez federal interveniente acogió la demanda haciendo lugar al interdicto de recobrar la propiedad y ordenando, en consecuencia, al Estado nacional restituir a la actora en la posesión de los bienes incautados por razones de guerra. Presentado el recurso de apelación la Cámara, por mayoría, revocó la decisión del *a quo* y desestimó la pretensión de la empresa, confirmando la constitucionalidad de los decretos-leyes⁸⁰⁶ sancionados por el gobierno en uso de atribuciones privativas, derivadas de los poderes de guerra contra potencias enemigas, en virtud de los cuales se habían materializado los actos de vigilancia, incautación y disposición de la propiedad de la empresa⁸⁰⁷. Finalmente, Merck llevó el caso ante la Corte.

La recurrente señaló que tales actos, adoptados bajo gobierno de facto, eran contrarios a las normas constitucionales, en particular aquellas que garantizan los derechos de propiedad y de defensa en juicio (arts. 17 y 18), como así también aquellos contemplados en diferentes tratados internacionales de los que Argentina formaba parte; todo ello –agregó– extendiendo de forma contraria a derecho atribuciones excepcionales del gobierno nacional, ajenas, al menos en el modo como se pretendía ejercitarlas, a la tradición histórico-jurídica más aleja del país.

El tribunal (CS) definió el núcleo de la cuestión en torno a decidir si el «*ejercicio de los mencionados poderes de guerra*», constitucionalmente asignado al PEN, resultaba inmune al control judicial cuando se invoca ante los tribunales

⁸⁰⁴ Por cierto, no resulta ajeno a la fundamentación de tal assertiva el hecho de que la CSJN –también hasta lo investigado– no ha vuelto a reiterar la doctrina de este fallo.

⁸⁰⁵ Cabe recordar que por decreto 6.945/45 [aprobado por ley 12.837, citada], de 27 de marzo de 1945, la República Argentina adhirió al Acta Final de la Conferencia Panamericana de México (*Acta de Chapultepec*) y declaró el estado de guerra con Alemania y Japón (Adla V, 105).

⁸⁰⁶ Entre otros, decretos-leyes 6.945/45, 7.035/45, 10.935/45 y 11.599/46. Las normas dictadas por el ejecutivo habían tenido como fin, en un primer momento, colocar las propiedades y bienes de la empresa bajo vigilancia del Estado, extendiéndose luego a su intervención y control. Finalmente, se dispuso –por la misma autoridad– el retiro de la personalidad jurídica de Merck, la ocupación de los bienes y su liquidación definitiva; todo ello sin intervención del poder judicial.

⁸⁰⁷ Sentencia CFed. de la Capital, “Merck Química Argentina (S. A.) c/Gobierno Nacional”, 04.09.1946 (LL 43, 818 a 831 [1946]).

la violación de garantías fundamentales⁸⁰⁸. La respuesta afirmativa de la posición que definió el fallo no fue absoluta, ya que reconoció –al menos– la posibilidad de que con posterioridad a la situación de guerra, es decir una vez «*firmada... la paz definitiva*»⁸⁰⁹, los afectados en sus derechos puedan interponer los recursos judiciales que crean convenientes⁸¹⁰. Ello así puesto que, de lo contrario, la intervención del órgano judicial en aquel cuadro de situación, «*obstaculizaría las operaciones de guerra*» que resultan actos del exclusivo resorte del ejecutivo⁸¹¹.

La mayoría de la CS calificó los poderes de guerra como atributos inherentes a la propia subsistencia del Estado como ente soberano, los cuales «*son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución*»⁸¹²; éstos han sido puestos privativamente en cabeza del órgano ejecutivo y desde aquella perspectiva se imponen a las normas constitucionales que, como en el caso, puedan llegar a otorgar derechos a los particulares.

Previo a tratar el valor del derecho internacional, impuesto en el *sub examine* por la remisión que la defensa del Estado realizó a las obligaciones contraídas en virtud del *Acta de Chapultepec*, el voto decisivo incurrió en varios errores de concepto: en primer lugar, tras recordar los postulados del monismo y del dualismo⁸¹³, acusó a este último –a pesar de las diversas posiciones que dentro de su marco se han elaborado– de la defensa de la supremacía constitucional en el ámbito del derecho interno, a diferencia de los autores monistas –sin distinguir tendencias dentro de dicha escuela– que justifican la estatura prevalente del derecho internacional incluso frente a la constitución⁸¹⁴. En tal contexto, la decisión consi-

⁸⁰⁸ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 4º y 7º del voto de la mayoría y 3º y 6º del voto en disidencia del juez T. D. Casares).

⁸⁰⁹ La situación descripta no debe identificarse con el momento que sigue a «*la cesación de las hostilidades a causa de la rendición lograda,..., en razón de que jurídicamente el estado de guerra subsiste al no haberse firmado la paz, causal esta que no reviste el carácter de un hecho notorio o de mero conocimiento, sino que se desprende de un expreso acto oficial del gobierno...*» [sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párr. 29 del voto de la mayoría)].

⁸¹⁰ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párr. 33º del voto de la mayoría).

⁸¹¹ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 30º a 32º del voto de la mayoría).

⁸¹² Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 5º y 6º del voto de la mayoría; si bien resulta cierto que «*el fin no justifica los medios o que la victoria no da derechos..., ello no puede traducirse en un renunciamiento total que coloque a la Nación en el camino de su derrota, su desmembramiento interno y su desaparición como entidad soberana*»; llegado el caso «*carece de importancia práctica discutir acerca de si los poderes de guerra*» de que disfruta el presidente «*encuentran su fuente y fundamento y hasta la medida de la extensión*» en tal o cual dispositivo constitucional puesto que «*esos poderes son anteriores y aún superiores a la propia Constitución*» (*ibidem*, considerandos párrs. 9º y 12º del voto de la mayoría).

⁸¹³ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párr. 20º del voto de la mayoría).

⁸¹⁴ Como se ha visto anteriormente, al tratar la presente cuestión en el capítulo dedicado el derecho constitucional brasileño [ver *supra* Capítulo I §1.b.iiii] Dualismo y monismo], no existe un paralelismo absoluto tal como fue trazado por la mayoría de la Corte, no siempre el monismo exige –dependerá de su versión– la primacía del derecho externo frente al ordenamiento interno de rango constitucional y viceversa en el caso del dualismo.

deró que el derecho constitucional argentino se encolumna tras una u otra orientación según se trate de una situación de paz o de guerra. En efecto, en «*la República Argentina..., el orden interno se regula normalmente por las disposiciones constitucionales que ha adoptado y por lo tanto, manteniéndose en estado de paz, ningún tratado podría serle opuesto si no estuviese “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”* (art. 27). Es decir, pues, que en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría “dualista”. Pero, cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia –eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27– la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político, en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados»⁸¹⁵. Estrictamente interpretado la Corte no utilizó un lenguaje explícito para establecer que, en casos de guerra, los tratados están por sobre la constitución aunque ello surge, no sólo de la hermenéutica global del dictamen de la mayoría, sino también por la adhesión –en tal supuesto fáctico– a la doctrina monista con el alcance con el que ha sido definida por el propio tribunal. Por ello el recurso utilizado, tendiente a demostrar la no previsión de una situación de guerra dentro de las hipótesis contempladas en el art. 27 y, consecuentemente, colocar la cuestión fuera de los términos de una contradicción normativa (aparente) entre la constitución y los tratados celebrados con motivo de circunstancias como las del *sub judice*, resulta un inadecuado “camuflaje” de política judicial. De todos modos, la Corte anticipó esta orientación al ubicar a los poderes de guerra como preexistentes y superiores a la constitución.

En segundo lugar, y de manera menos disimulada, la resolución no ocultó que –en una situación de belicosidad– la solución normativa «*se aparta de aquellos principios generales*» constitucionales (dualismo y supremacía constitucional), para dar estricta observancia a los compromisos internacionales suscriptos.

Como tercera precisión, cabe destacar como harto discutible el argumento acerca de que la guerra constituye una «*eventualidad no incluida y extraña*» al art. 27, porque como bien señala Vanossi, la constitución contiene no pocas normas sobre la cuestión⁸¹⁶, lo cual demuestra la voluntad del convencional constituyente originario de colocar a los (preexistentes) poderes de guerra, y a su ejercicio, bajo regulación constitucional, más aún cuando en dos artículos anteriores el legislador trató situaciones directamente vinculadas a la guerra (arts. 6º y 23). Por lo demás, sin perjuicio de la vulnerable interpretación literal del art. 27, con el mismo argu-

⁸¹⁵ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 21º y 24º del voto de la mayoría. El resaltado es del original).

⁸¹⁶ VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., pág. 201.

mento judicial respecto de la “preexistencia” de los poderes de guerra, bien podría sostenerse que antes de éstos han debido existir atribuciones que se ejercitan en tiempos de “paz”, por lo que esta última incluye a la primera, quedando en consecuencia la situación involucrada dentro de lo normado por el artículo en análisis. Finalmente, tal como antes se señaló, la propia redacción del artículo le otorga a su mandato una vocación de cobertura sobre el orden constitucional en su conjunto (“conformidad con los principios”), por lo que los poderes de guerra, que tienen asiento en la ley fundamental⁸¹⁷, si son ejercitados por medio de normas internacional también deberán respetar inexorablemente los “principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

La doctrina defendida por la mayoría pareció olvidar⁸¹⁸ que la propia jurisprudencia del tribunal⁸¹⁹ había mantenido anteriormente, no obstante que fuera de una hipótesis de conflicto bélico, «[q]ue la Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse»⁸²⁰.

El voto disidente, firmado por el juez T. D. Casares, también adhirió a la preexistencia de los poderes de guerra no sólo respecto de la constitución sino de «*todo régimen positivo de organización institucional*»; no obstante, ello no le impidió argumentar que «*la guerra no está sobre toda ley, el Estado que la hace no puede considerarse con motivo y en ocasión de ella, relevado de las subordinaciones que su propio orden jurídico, instaurado para regir en toda circunstancia, impone a sus facultades respecto a las personas y los bienes*»; orden jurídico que puede tener su base en el derecho internacional convencional, en el derecho de gentes⁸²¹ y, más en general, en el derecho natural⁸²².

⁸¹⁷ Constitución, arts. 6º, 23, 61, 75, incs. 25 a 28 (ex art. 67, incs. 21 a 25), 99, incs. 12 a 16 (ex art. 86, incs. 15 a 19) y 126 (ex art. 108).

⁸¹⁸ A pesar del recordatorio explícito hecho por el voto disidente de la sentencia de la Cámara impugnada en el presente trámite [cf. sentencia CFed. de la Capital, “Merck”, 1946, cit. (§2º del voto en disidencia de los jueces Villar Palacios y González Calderón)].

⁸¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, cit., págs. 283 a 284; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 200 a 201.

⁸²⁰ Sentencia CSJN “Compañía Azucarera Tucumán c/Provincia de Tucumán, sobre devolución de dinero”, 14.12.1927 [Fallos 150:150; §9º. El remarcado no figura en la sentencia)]. Más recientemente, tal pauta de interpretación ha sido mantenida por el juez Fayt al sostener «*que la Constitución es la ley suprema para el pueblo, para los gobernantes y los gobernados, así en la paz como en la guerra y protege a toda clase de hombres, en todo tiempo y en toda circunstancia*» [sentencia CSJN “Romero Feris”, 1994, cit. (§21 del voto en disidencia del juez Fayt); así también sentencia CSJN “Chocobar”, 1996, cit. (§6º del voto en disidencia del juez Fayt)].

⁸²¹ Arts. 102, constitución [actual art. 118] y 1º y 21, ley 48.

⁸²² Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 12º y 11º, respectivamente, del voto en disidencia del juez T. D. Casares).

Para definir el asunto planteado el ministro T. D. Casares distinguió los actos que el Estado adoptó en un primer momento («*contralor, vigilancia y ocupación o secuestro, y aun l[os] de disposición*»), susceptibles de efectivizarse –en las circunstancias excepcionales de la guerra– sin la intervención judicial, de aquellos que en tanto configuraban una «*desapropiación definitiva*» exigían la participación del órgano jurisdiccional *so pena de violar el art. 17 de la constitución*⁸²³. La invocación de tratados firmados por el Estado argentino no alteraba la solución del caso «[p]orque una de dos: o esa desapropiación es acto de justicia, y entonces, como se acaba de expresar, las razones y los hechos que la justifican deben poderse controvertir ante los jueces, porque la privación de la propiedad tiene que ser sancionada por sentencia para ser lícita (art. 17, de la Constitución), o puede ser acto de arbitrio del legislador que aprueba y perfecciona los tratados (art. 67, de la Constitución), pero entonces ello querría decir que hay casos en que se puede privar de la propiedad sin sentencia y que hay leyes que pueden estar por encima de la Constitución y quedar substraídas al contralor de su constitucionalidad. No, la Nación no se compromete nunca sino a lo que con justicia puede hacer. Esta es una condición sobreentendida en toda relación jurídica verdaderamente tal. Lo que los compromisos internacionales de que se trata quieren decir es que la Nación hará lo que en ellos se establece con todos aquellos bienes cuya desapropiación esté justificada, es decir, pueda consumarse en justicia»⁸²⁴.

Como se observa, en opinión del voto en disidencia todo acto de guerra llevado a cabo por el Estado nacional requiere de su apego a los principios de derecho público pactados en la constitucional nacional, sea que resulte del ejercicio directo de las disposiciones de la Carta que regulan tales atribuciones, sea que se lo fundamente, además, en normas de origen internacional.

B) En términos generales, la orientación uniforme de la jurisprudencia del tribunal supremo –salvo el caso anterior, no reiterado– ha sido mantener la aplicación absolutamente prevalente del texto de la carta política frente a toda disposición aplicable en el marco del derecho interno, lo cual incluye el reconocimiento de la supremacía constitucional frente a la normativa del derecho internacional⁸²⁵; no obstante, cabe destacar también que –en atención a su posición institucional

⁸²³ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párrs. 14º, 15º, 21º y 23º del voto en disidencia del juez T. D. Casares).

⁸²⁴ Sentencia CSJN “Merck”, 1948, cit. (considerandos párr. 18º del voto en disidencia del juez T. D. Casares).

⁸²⁵ Además de los precedentes reseñados en el pasaje dedicado al control de constitucionalidad y su vigencia en los asuntos que involucran normas de derecho internacional, que se dan aquí por reproducidos, pueden verse, sentencias CSJN “Fisco nacional, sobre nulidad de un decreto de revalidación de título de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Linch”, 30.12.1911 (Fallos 115:189; considerandos en cuanto al fondo, párr. 25º); “Priebke”, 1995, cit. (§7º, párrs. 1º a 4º, del voto en disidencia del juez Petracchi); “Méndez Valles”, 1995, cit. (voto concurrente del juez Vázquez); “Dr. Karl Thomae Gesellschaft”, 2001, cit. (§15, párr. 2º, del

dentro del Estado argentino— la Corte jamás ha renunciado en sus intentos de conciliar la interpretación de las normas eventualmente en pugna. La estatura prevalente de la constitución (respecto a las normas internacionales) también ha sido defendida por la doctrina sentada por la PTN⁸²⁶.

Los fundamentos constitucionales utilizados por la doctrina del alto tribunal, obviamente, han descansado, en primer lugar —como ha sido ejemplificado— en el **art. 27** de la ley mayor.

En este sentido, un dato que merece destacarse es lo ocurrido a continuación del fallo “Ekmekdjian II”. Al momento de definir el principio de prevalencia del derecho internacional, a partir de su derivación del art. 27 de la Convención de Viena I, el voto mayoritario de la Corte mantuvo en dicho precedente que tal disposición «*impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria*»⁸²⁷. Leído literalmente el pasaje citado pareció declarar no sólo la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes y disposiciones de rango inferior, sino también, llegado el caso, sobre normas incluidas en el plexo de la constitución. Es de presumir que tal afirmación, o bien daba por supuesto la imposibilidad jurídica que tendría el tribunal para sustituir a la constitución nacional de la cúspide del ordenamiento y colocar sobre ella a los tratados, infringiendo así el orden jerárquico que se desprende de la Carta⁸²⁸, o bien —lo que parece más probable— se debió a un desliz de redacción o de falta de precisión. Como quiera que sea, el tribunal prontamente reconoció —de forma implícita— la vaguedad de tal asentimiento y en su jurisprudencia inmediata posterior agregó la reserva del respecto de los principios básicos de la constitución nacional⁸²⁹. En efecto, en el expediente “Fibraca”, la Corte por una-

voto de la mayoría); y dictamen del procurador general en la causa S.C.A.1391, L.XXXVIII, “Astiz”, 2002, cit. (apart. IX.B, párr. 6º).

⁸²⁶ Dictamen del Procurador General de la Nación de 14 de agosto de 1908, cit. (considerandos párr. 5º); más recientemente ver dictamen, *Ministerio del Interior*, N° 216/02, expte. N° 5680/2002, 15 de julio de 2002 (Dictámenes 242:78; apart. II.2, párrs. 5º y 10º).

⁸²⁷ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§19, párr. 1º, del voto de la mayoría. El resaltado no es del original).

⁸²⁸ Para Ekmekdjian, la amplitud del fallo (§19) no podía llevar a interpretar que para la CS los tratados se situaran por sobre la constitución nacional o tuvieran su mismo valor, puesto que si así fuera perdería sentido el considerando 17 de la sentencia, en el cual el tribunal había establecido que una ley que contraría un tratado violenta la división de poderes (EKMEKDJIAN, Miguel A., “A un año exacto del fallo ‘Ekmekdjian c/Sofovich’, la Corte Suprema de Justicia reafirma el criterio monista establecido en aquél”, ED 154, 179 [1993]).

⁸²⁹ Como bien destaca Rabbi-Baldi Cabanillas, la primera manifestación jurisprudencial tendiente a acotar la declaración realizada en el fallo “Ekmekdjian II” (sobre los alcances de la primacía del derecho internacional) aparece “unos meses después, [con] el voto del juez Boggiano en la causa ‘Servini de Cubría, María R. s/amparo’” (RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen...”, cit., punto II.1.C]. En dicha sentencia, el ministro citado sostuvo —en el §12, párr. 2º, de su concurrencia— que «*procede exami-*

nimidad de los jueces firmantes y tras recordar el art. 27 de la citada convención⁸³⁰ argumentó que «[l]a necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria»⁸³¹, entendimiento confirmado por la jurisprudencia subsiguiente⁸³²⁻⁸³³.

Otra de las normas utilizadas por la jurisprudencia, a los fines de fundar la supremacía constitucional, ha sido el **art. 31** de la Carta, que al igual que el art. 27 ha permanecido sin alteración desde el texto constitucional histórico. Así lo sostuvo la Corte en el caso “Chantrain”, resuelto en el marco de un recurso extraordinario interpuesto por el fiscal de la Cámara Federal de la Capital contra la decisión de esta última que hizo lugar al *habeas corpus* presentado con motivo de la expul-

nar los alcances del derecho reconocido en el art. 13 de dicho tratado internacional y su adecuación a los principios establecidos en nuestra Constitución según la exigencia del art. 27 de ésta, exigencia que, cabe destacarlo, requiere que los tratados internacionales estén conformes a los principios de derecho público establecidos en la Constitución. El art. 27 se refiere a los principios, no a las normas o disposiciones constitucionales específicas, de modo que los tratados han de guardar armonía con aquellos principios constitucionales básicos, sin los cuales, la propia constitución se desvirtúa». Por su parte, el juez Barra pareció adherir a tal reserva en el §10, parr. 2º, de su voto disidente; no obstante, al reiterar la doctrina “Ekmekdjian II” sobre la prevalencia del derecho internacional, lo hizo en su fórmula original, es decir sin limitación alguna (§17, pár. 2º, «primacía... cualquier norma interna contraria»).

⁸³⁰ De la Guardia llama la atención acerca del error en que incurrió la Corte al fundarse en el art. 27 de la Convención de Viena I, pues ésta resulta aplicable a los tratados suscriptos “entre” Estados, distintamente a lo ocurrido en el *sub lite* que involucraba a un organismo internacional, la Comisión Técnico Mixta de Salto Grande. Tras recordar que la Convención de Viena II (tratados entre Estados y organismos internacionales) fue firmada el 21 de marzo de 1986, agrega que a pesar de la “muy evidente analogía” que existe entre ambas convenciones “en estricto criterio la ley aplicable *no existía*”; el tratado último citado, continúa, entró en vigor para el Estado nacional el 17 de agosto de 1990 [DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados” (II), ED 161, 899, nota 33 [1995]]. Aún cuando podría haberse aplicado la Convención de Viena II en atención a la fecha de la sentencia, la Corte no la receptó en su decisión, mientras que aquella que sí lo fue (Convención de Viena I) no regulaba el supuesto planteado en el caso. Ha de recordarse que en la sentencia de CSJN “Washington Cabrera” (1983, cit.), que tuvo también como legitimada pasiva a la Comisión Técnica Mixta, los jueces que firmaron la concurrencia aplicaron la Convención de Viena I (principalmente, art. 53), aunque aclarando –con precisión– que ella resultaba «*aplicable en virtud de... [sus] arts. 3º y 5º*» (§9º del voto concurrente de los jueces Gabrielli y Guastavino).

⁸³¹ Sentencia CSJN “Fibraca”, 1993, cit. (§3º, igual predicamento surge de los §§4º y 5º). En la misma decisión, los ministros firmantes suscribieron –por unanimidad– que la citada Convención de Viena I «*es un tratado internacional, constitucionalmente válido*» (§3º, parr. 1º).

⁸³² Sentencias CSJN “Hagelin, Ragnar c/Poder Ejecutivo Nacional s/juicio de conocimiento”, 22.12.93 (Fallos 316:3176; §7º, parr. 2º, del voto de la mayoría); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§§9º, parr. 1º, del voto de la mayoría y 25 del voto concurrente del juez Boggiano). En otras oportunidades –las más numerosas– la Corte expresamente mencionó que el principio de prevalencia que ha de reconocerse con relación a los tratados internacionales sobre la base del art. 27 de la Convención de Viena I, es susceptible de invocarse frente a las “leyes internas” [entre muchas ver, sentencia CSJN “Hoechst A.G. c/D.G.I. s/juicio de conocimiento”, 28.04.98 (Fallos 321:1031; §§4º del voto de la mayoría y 4º del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor, Boggiano y López)].

⁸³³ Ver FARRANDO, Ismael, op. cit., págs. 15 a 20; GALEANO, Juan J., “La delegación...”, cit., punto 4.2.c).a.2, págs. 78 a 79.

sión de un ciudadano extranjero, decretada por el poder ejecutivo. La Corte Suprema recordó que en virtud de sus precedentes (Fallos 205:5, 434 y 474; 207:16), el ejecutivo se halla impedido –por mandato constitucional– para expulsar del país al ciudadano extranjero que esté siendo sometido a procedimiento judicial, como así también para mantenerlo en prisión mientras tramita la causa de expulsión (ley 4.144⁸³⁴); en el *sub examine*, además, la intervención que había tenido el extranjero en el *habeas corpus* no resultaba suficiente para dar por cumplida la obligación que impone el art. 18 de la ley fundamental. En este contexto, el tribunal consideró que la Resolución VII de la Conferencia Interamericana (sobre problemas de la guerra y de la paz), invocada por la representación del Estado, «*no se opone, en modo alguno, a las conclusiones precedentes, desde que no establece el procedimiento a seguir para lograr la extirpación de los focos a que se refiere. Tampoco podría válidamente oponerse pues, con arreglo al art. 31 de la Constitución Nacional que invoca el apelante, los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de aquélla, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el precepto de referencia [...]. Lo mismo cabría decir de los principios generales del Acta de Chapultepec y de la Carta de las Naciones Unidas*»⁸³⁵.

— Los tratados sobre derechos humanos con rango constitucional

C) La cuestión de la jerarquía normativa ha visto reavivado su debate tras la reforma constitucional de 1994, en virtud del nuevo rango constitucional conferido a varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (**art. 75, inc. 22, párrafo segundo**).

La problemática se ha suscitado en cuanto a la relación entre los tratados jerarquizados por el art. 75, inc. 22 y las disposiciones contenidas en ambas Partes, Primera (Dogmática) y Segunda (Orgánica), del texto constitucional en atención a la confusa redacción dada por el convencional de 1994.

La vinculación entre estos tratados y la constitución fue considerada por la Corte, de manera global, principalmente en el caso “Monges”, reproducido –en lo que aquí interesa– en el fallo dictado al día siguiente (“Chocobar”). En atención a

⁸³⁴ Ley 4.144, de expulsión de extranjeros, 23.11.1902 (en “Recopilación de leyes usuales...”, cit., pág. 21); luego derogada por la ley 14.445, sobre extrañamiento de extranjeros, 27.06.1958 (BO 04.07.58).

⁸³⁵ Sentencia CSJN “Alfonso Chantrain”, 23.07.1947 (Fallos 208:84; considerando párr. 3º. El resaltado fue agregado). La Corte resolvió confirmar la decisión de la Cámara. Ver también, sentencia CSJN “Juan Sigfrido Becker”, 1947, cit. (considerando del voto en disidencia del juez González Calderón); y sentencia CFed. de la Capital, “Merck”, 1946, cit. (§§3º, 4º, 13, párrs. 2º y 3º, 14, párrs. 1º y 2º y 15 –con cita del dictamen de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de 9 de noviembre de 1945–, del voto en disidencia de los jueces Villar Palacios y González Calderón).

la importancia de las precisiones que realizó el tribunal, reiteradas abundantemente en su jurisprudencia posterior, resulta oportuno citar los pasajes pertinentes de aquel precedente⁸³⁶:

«Que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.^[837]

«Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir».

*«Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir»*⁸³⁸.

«Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías^[839]*, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución –entre ellas, el inc. 19 del art. 75– aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a*

⁸³⁶ Sentencia CSJN “Monges/UBA”, 1996, cit. (§§20 a 22 del voto de la mayoría. El destacado fue agregado).

⁸³⁷ En forma similar, sentencias CSJN “Horacio Conesa Mones Ruiz c/Diario Pregón s/recurso de inconstitucionalidad y casación”, 23.04.96 (Fallos 319:459; §5º del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor y Belluscio); “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo”, 05.07.96 (Fallos 319:1165; §§5º, párr. 1º, del voto de la mayoría, 1º del voto concurrente del conjuez Reboredo que compartió el voto de la mayoría, considerando párr. 1º del voto del juez Bossert que también suscribió el voto de la mayoría y 5º, párr. 1º, del voto en disidencia del conjuez Mansur).

⁸³⁸ Ambos considerandos reiterados en las sentencias CSJN “Chocobar”, 1996, cit. (§§12, párrs. 1º y 2º y 13 del voto de la mayoría); “Domagoj c/Página 12”, 1998, cit. (§§4º del voto concurrente del juez Moliné O’ Connor y 5º del voto concurrente del juez Boggiano); “Aguiar de Lapacó Carmen s/recurso extraordinario (causa nº 450) Suárez Mason”, 13.08.98 (Fallos 321:2031; §17 del voto en disidencia del juez Boggiano); “Cancela, Omar Jesús c/Artear S.A.I. y otros”, 29.09.98 (Fallos 321:2637; §10, párr. 2º, del voto de la mayoría, con cita *in re* “Monges” y “Chocobar”); “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación”, 27.05.99 (Fallos 322:875; §§22 y 23 del voto de la mayoría, con cita *in re* “Monges”); “Felicetti”, 2000, cit. (§17 del voto en disidencia del juez Boggiano); “S., V. c/M., D. A.”, 2001, cit. (§§16 del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor y López y 19 del voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez); “Menem/Editorial Perfil”, 2001, cit. (§10, párr. 2º, del voto de la mayoría); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§9º, párr. 1º, del voto concurrente del juez Boggiano); “Guazzoni, Carlos Alberto c/El Día S.A.”, 18.12.01 (Fallos 324:4433; §§11, párrs. 1º y 2º, del voto de la mayoría, 7º del voto concurrente del juez Fayt y 7º del voto concurrente del juez Vázquez).

⁸³⁹ Es decir la Parte Dogmática, o Primera Parte, de la constitución nacional.

aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución.

Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente»⁸⁴⁰.

La posición así establecida puede definirse como la doctrina del *juicio de compatibilidad constituyente en abstracto*. En efecto, según el tribunal el legislador reformista, tras analizar comparativamente el texto de la ley fundamental con el tenor de los tratados con jerarquía privilegiada, concluyó que existe una coincidencia entre ambos en cuanto a los derechos y garantías que cada uno otorga, es decir una concordancia en cuanto a la finalidad. No obstante, tal afirmación –como se verá– no impide que surjan eventuales conflictos (en casos específicos) entre normas particulares de los dos órdenes reseñados. El “juicio constituyente”⁸⁴¹ al que hace referencia la Corte sólo puede ser entendido como una afirmación de principios, en otras palabras, como la enunciación de una (mera) pauta hermenéutica que parte de la presunción de compatibilidad internormativa⁸⁴²; lo

⁸⁴⁰ Igualmente, sentencias CSJN “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación”, 1999, cit. (§23, párrs. 2º y 3º, del voto de la mayoría); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§9º, párrs. 2º y 3º, del voto concurrente del juez Boggiano).

⁸⁴¹ Ciertamente que la afirmación del máximo tribunal ha de ser calificada como una “ficción jurídica”. En efecto, además del escaso lapso temporal que insumió la CNC 1994, frente a la cantidad de normas que contienen los tratados con jerarquía constitucional privilegiada (cfr. *ut supra*), debe agregarse que el tema de la absoluta compatibilidad entre la constitución y estos instrumentos fue una de las *principales discusiones* que tuvieron lugar en el transcurso de la Convención, llegando a justificar varios de los dictámenes de minoría elaborados tanto en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales como en la Comisión de Redacción. Lo mismo queda demostrado si se revisa el (profundo) debate a que diera lugar el inc. 23 del art. 75 de la constitución. Atento a lo mencionado, asiste razón a Legarre en cuanto afirma que “la original tesis” del juicio de compatibilidad [que el autor sigue a partir de la obra de Boggiano] “a pesar de reposar en la voluntad del constituyente, no va acompañada de ninguna referencia a dicha voluntad en su dimensión real e histórica, como por ejemplo, la expresada en los debates de la convención. Al contrario, es una voluntad supuesta...” (LEGARRE, Santiago, “El Tratado Internacional...”, cit., págs. 1016 a 1017, nota 23).

Tal como lo afirma el autor citado, la Corte [para Legarre, el juez Boggiano –que es la opinión que analiza–] no fundamenta su afirmación en los debates habidos en la Convención de 1994. Por lo demás, ello resulta cuanto menos singular si se repara en que la cita expresa de los antecedentes legislativos y las discusiones que preceden la elaboración normativa (a través de los asientos obrantes en los diarios de sesiones de las Cámaras legislativas), constituyen una fuente de interpretación de la voluntad del legislador constantemente utilizada por el tribunal en su jurisprudencia, lo cual incluye los debates de la CNC 1994, como puede verse, entre muchos ejemplos, en la sentencia CSJN “Monges/UBA”, 1996, cit. (§10 del voto de la mayoría). Ibarlucía ha calificado la fórmula utilizada por la Corte (juicio de compatibilidad) como “una mera presunción o afirmación dogmática que no logra confirmarse” en todos los casos, por ejemplo en el supuesto por él analizado de la doble instancia en materia penal (PSJCR y art. 117, constitución) (IBARLUCÍA, Emilio A., op. cit., pág. 8).

⁸⁴² Sagües, por su parte, avanza más en el valor asignado a la declaración que hizo la CS en los fallos citados. Para este autor, si bien cabía la posibilidad de que los tratados con jerarquía constitucional fueran incompatibles con la carta política, lo dicho por el alto tribunal en el precedente “Chocobar” (1996, cit.) “liquidó tales

cual poco agrega a la tarea judicial si se recuerda que, tal como se vio al tratar la cuestión de la declaración de inconstitucionalidad, ésta debe ser reconocida agotando todas las vías interpretativas y siempre como razón última del quehacer judicial. Por lo demás, la provisoriedad del “juicio constituyente”, fruto de su naturaleza de pauta de interpretación, no resulta soslayada por la afirmación de la CS acerca de su imposibilidad, como órgano del poder constituido, de revisar un juicio de compatibilidad efectuado por el poder constituyente, toda vez que nada ha impedido al mismo tribunal ingresar en el análisis de las revisiones constitucionales que se han instrumentado en la historia del derecho argentino⁸⁴³, llegando a declarar, como antes se exemplificó, la inconstitucionalidad parcial de la reforma constitucional de 1994.

En primer lugar, se han concitado algunas diferencias terminológicas a la hora de establecer la clase de rango constitucional con la que se ha dotado a estos instrumentos internacionales, lo cual no resulta menor al momento de definir su escala jerárquica. No cabe dudas, según la jurisprudencia que estos tratados «*cuentan con*»⁸⁴⁴ o «*tienen*»⁸⁴⁵ jerarquía constitucional. Las distintas interpretaciones han ido desde el extremo de catalogarlos como normas que «*tienen jerarquía quasi constitucional*»⁸⁴⁶, o «*la jerarquía constitucional que le asigna el art. 75, inc. 22*»⁸⁴⁷, o «*con igual*»⁸⁴⁸ o la «*misma jerarquía*» que la de la ley mayor⁸⁴⁹, o «*con la jerarquía de la Constitución Nacional*»⁸⁵⁰, hasta llegar a declararlos, conjuntamente

conjeturas” (SAGÜES, Néstor P., “Jerarquía constitucional...”, cit., pág. 1; en forma similar, BARRA, Carlos R., “Jurisdicción constitucional...”, cit., pág. 999; *del mismo autor*, “Fuentes del ordenamiento...”, cit., pág. 218, nota 16; SPOTA, Alberto A., “Artículo 125 de la Constitución Nacional...”, cit., pág. 2).

⁸⁴³ Cabe recordar aquí los casos antes mencionados –que tramitaron ante la CSJN–: “Soria de Guerrero”, “Ríos” (reforma de la constitución de la provincia de Corrientes), “Polino” y “Romero Feris”. No deviene inoficioso recordar que al resolver el asunto “Unión del Centro Democrático”, el supremo tribunal no declaró la inadmisibilidad del recurso de amparo –dirigido contra la resolución de la Convención Constituyente por la que se decidió conferir rango constitucional a los tratados del 75, inc. 22, párr. segundo–, sino únicamente que dicho expediente no era de los que habilitan su competencia originaria.

⁸⁴⁴ Sentencia CSJN “Guazzoni”, 2001, cit. (§9º del voto de la mayoría).

⁸⁴⁵ Sentencia CSJN “Portal de Belén”, 2002, cit. (§13 del voto de la mayoría).

⁸⁴⁶ Sentencia CSJN “Fernando Méndez Valles”, 1995, cit. (voto concurrente del juez Vázquez). El mencionado ministro ha expuesto la misma calificación de los tratados con jerarquía constitucional, ahora en el ámbito doctrinario, en VÁZQUEZ, Adolfo R., “La integración económica...”, cit., pág. 1461; *del mismo autor*, “El Mercosur...”, cit., págs. 1206 a 1207.

⁸⁴⁷ Sentencia CSJN “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§6º del voto concurrente de los jueces Fayt y Vázquez).

⁸⁴⁸ Sentencias CSJN “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/Provincia de Santa Fe”, 06.10.94 (Fallos 317:1195; §4º del voto de la mayoría); “S., V. c/M., D. A.”, 2001, cit. (§§5º del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor y López y 5º del voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez).

⁸⁴⁹ Sentencia CSJN “Alloí, José Luis y otra s/solicitud de intervención”, 19.12.00 (Fallos 323:4025; §3º, párr. 2º, del voto concurrente del juez Boggiano).

⁸⁵⁰ Sentencia CSJN “Alianza Frente para la Unidad”, 2001 (§§14º, párr. 3º, del voto de la mayoría y 10º, párr. 3º, del voto concurrente de los jueces Belluscio y Bossert).

con las disposiciones de la constitución nacional, parte integrantes del «*bloque de la constitucionalidad argentina*»⁸⁵¹ o conformando «*un bloque único de legalidad –con jerarquía constitucional–...*»⁸⁵².

En segundo término, las disposiciones internacionales jerarquizadas se entienden **complementarias** (y no derogatorias, por imposibilidad jurídica) de aquellas contenidas en la Parte Dogmática de la constitución, lo que significa en opinión de la CS que las normas contenidas en dichos convenios sobre derechos humanos «*resultan idóneas para interpretar... [su] alcance*»⁸⁵³, o para «*completar*»⁸⁵⁴ o especificar⁸⁵⁵ su contenido; ello aconseja la necesidad de armonizar la hermenéutica que debe atribuirse a ambos órdenes de normas⁸⁵⁶.

En términos generales, la consideración de un eventual **conflicto** entre normas oriundas de los tratados sobre derechos humanos con rango constitucional y las plas-

⁸⁵¹ Sentencia CSJN “González Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”, 19.09.00 (Fallos 323:2659; §2º, párr. 1º, del voto concurrente del juez Petracchi); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§9º, párr. 2º, del voto concurrente del juez Petracchi). Así también, dictamen del procurador general en la causa S.C.A.1391, L.XXXVIII, “Astiz”, 2002, cit. (apart. IX.C, párr. 17º, y D, párr. 1º).

⁸⁵² Sentencia CSJN “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§§8º, párr. 2º, del voto de la mayoría, 8º, párr. 2º, del voto concurrente de los jueces Belluscio y Bossert y 17 del voto concurrente del juez Boggiano).

⁸⁵³ Sentencia CSJN “Chocobar”, 1996, cit. (§11, párr. 2º, del voto de la mayoría).

⁸⁵⁴ Así la opinión del juez Boggiano, para quien el «*art. 8.2 del Pacto [de San José] complementa el art. 18 de la Constitución Nacional*» [sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§§15 y 18 de su voto en disidencia)]. Aún antes de la reforma constitucional de 1994, el mismo ministro (§12, párr. 1º, de su voto concurrente) como así también el juez Barra (§10, párr. 1º, de su voto en disidencia) habían adelantado en la causa “Servini de Cubría” (sentencia CSJN, 1992, cit.) «*[q]ue los derechos y garantías contemplados en la Primera Parte de la Constitución Nacional no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra, además, con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica*».

En tal sentido se orienta también la jurisprudencia de la Corte –ya recordada– en cuanto amplía los alcances del art. 27 de la ley fundamental con las exigencias provenientes de los tratados jerarquizados constitucionalmente, al momento de justificar el rechazo de los pedidos de extradición cuando la persona solicitada ha sido condenado en ausencia y, paralelamente, el Estado requeriente no ofrece garantías suficientes de llevar a cabo un nuevo proceso judicial en su presencia (cfs. sentencias CSJN “Nardelli”, 1996, “Cauchi”, 1998, “Gómez Vielma”, 1999, “Meli”, 2000 y “Fabbrocino”, 2000, todas antes citadas).

⁸⁵⁵ En los términos del §10 del voto de la mayoría, en el caso “S., V. c/M., D. A.” (sentencia CSJN, 2001, cit.), el cuadro normativo ofrecido por el Pacto de San José, la Convención sobre Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «*establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos del menor entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional*» (el resaltado no figura en el original).

⁸⁵⁶ Sentencia CSJN “S., V. c/M., D. A.”, 2001, cit. (§§11 a 13 del voto de la mayoría). En este asunto se trataba de compatibilizar las exigencias propias de los arts. 14 y 32 de la carta magna (prohibición de censura previa y libertad de prensa) con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. El alcance extremo de tal entendimiento ha sido expuesto por el juez Boggiano al concluir que «*esta fuente normativa internacional [Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] ha de inspirar una interpretación del texto constitucional argentino en armonía con aquella que jamás pueda conducir a derogar la virtualidad jurídica de la norma convencional por una visión parroquial del texto interno*» [sentencia CSJN “Aguiar de Lapacó”, 1998, cit. (§17 del voto en disidencia del juez Boggiano)].

madas en la **Parte Primera** de la carta política ha sido evitada por el supremo juez argentino, particularmente a través de las pautas de interpretación que se vienen destacando. Sin embargo, algunos votos concurrentes de los ministros⁸⁵⁷ y en otros casos disidentes han “rozado” muy de cerca esta cuestión, cuando no ingresado directamente a su análisis. Así por ejemplo, el juez Fayt en su concurrencia en el asunto “Partido Justicialista de Santa Fe”, al tratar los agravios de los actores⁸⁵⁸ opinó que la incorporación a la Carta de los tratados identificados en su art. 75, inc. 22, párrafo segundo, – como el propio inciso lo establece – no conlleva la abrogación de ninguno de sus artículos, de manera que «*la forma federal de gobierno (art. 1º de la Constitución Nacional) y el consecuente reconocimiento de la autonomía institucional de las provincias que el gobierno federal garante (art. 5º de la Constitución Nacional) no pueden considerarse derogados por la incorporación de los tratados en cuestión, conclusión que se derivaría de aceptarse la interpretación que ensayan los peticionarios pero que, como se advierte, no es sostenible en los términos de la misma norma que invocan como base de su posición»*⁸⁵⁹. El *status* diferenciado que ha sido concedido por el constituyente a

⁸⁵⁷ En el expediente “S., V. c/M., D. A.” (sentencia CSJN, 2001, cit.), los jueces Moliné O’ Connor y López (voto concurrente, §12, párr. 2º), al referirse al “interés superior del niño” contenido en el art. 3º de la Convención homónima y su relación con la prohibición de censura previa (arts. 14 y 32 de la constitución), manifestaron que «[e]sta consideración rectora, lejos de erigirse en una *habilitación para prescindir de* toda norma jurídica superior, *constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte (conf. Fallos: 322:2701), cuando como en el caso procede a la hermenéutica de los textos constitucionales»* (el resaltado fue agregado). No obstante, tal afirmación pareció luego diluirse (*ibidem*, cfs. §§17, 18 y 20).

⁸⁵⁸ Acerca de la violación del Pacto de San José y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (tal como había sido interpretado, según afirmaron, por la Comisión Interamericana en el informe del caso “Ríos Montt”) por el art. 64 de la constitución santafesina, en cuanto prohibía la reelección –sin intervalo– del gobernador y del vicegobernador.

⁸⁵⁹ Sentencia CSJN “Partido Justicialista de Santa Fe”, 1994, cit. (§21, párr. 2º, del voto concurrente del juez Fayt). El mismo magistrado se explayó sobre esta problemática en su voto discordante en el fallo “Chocobar” (sentencia CSJN, 1996, cit.), con una implícita alusión a los arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (citados expresamente en los §§11 del voto de la mayoría y 11 del voto concurrente del juez Boggiano). Luego de recordar los arts. 2º, 3º, 6º y 7º, de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional (Nº 24.309, citada), dicho juez sostuvo que la interpretación que surge a partir de estas disposiciones refleja «*que el Congreso Nacional fijó dos límites infranqueables a la actividad de la Convención, y es incontrovertible que la última de las normas citadas ha sido regularmente cumplida, pues en su primera parte la Constitución reformada ha conservado intactos los preceptos de 1853 con sus sucesivas reformas. En efecto, aquellos primeros treinta y cinco artículos han permanecido incólumes en el actual texto constitucional, y entre ellos se encuentra aquel que garantiza la movilidad de las jubilaciones y pensiones [art. 14 bis]. De ahí que de todo razonamiento que pretenda resolver las cuestiones planteadas con prescindencia del concepto de movilidad como una garantía que el Estado en la Ley Fundamental se ha comprometido a otorgar, no resultaría sino una conclusión estigmatizada de inconstitucionalidad y, por tanto, destinada al fracaso. De tal modo, es por imperio de la Constitución Nacional, que en nuestro país el sistema previsional se articula sobre la base de la protección estatal, la movilidad de las prestaciones y la tutela de los derechos adquiridos. Ante su desconocimiento, es deber ineludible del Poder Judicial restablecer el pleno imperio de los principios orgánicos de la República; particularmente si la transgresión emana de los poderes del Estado y se arbitran en nombre del bien público, panaceas elaboradas al margen de las instituciones (Fallos: 137:37)»* (*ibidem*, §5º, párrs. 3º y 4º, del voto en disidencia del juez Fayt, ver también §§6º y 7º)

los convenios mencionados no impide que puedan ser examinados en cuanto a su ajuste normativo con las garantías enumeradas en la Primera Parte de la ley mayor⁸⁶⁰.

Un tanto más explícita fue la mayoría de la Corte Suprema en el fallo “Acosta” en el cual, más allá del error de calificar como “jurisprudencia” a las recomendaciones e informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión I.D.H.)⁸⁶¹, al fundar su afirmación sobre la ausencia de efectos «vinculantes para el Poder Judicial» de tales documentos, sentenció que «*la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdic-*

⁸⁶⁰ Así lo entendió, por ejemplo, el juez Petracchi en la causa “Nicolaides”, oportunidad en la cual, al tiempo de analizar la garantía del juez natural contenida en el art. 18 de la constitución frente al régimen estipulado por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mantuvo «[q]ue, por lo tanto, corresponde examinar si la sustracción de dichos hechos del ámbito de la jurisdicción militar y su restitución a los jueces que ordinariamente intervienen en su conocimiento –...– puede ser aplicada retroactivamente o si ello vulnera la garantía del juez natural y, por lo tanto, sólo puede tener efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia»; en el caso planteado el ministro concluyó que «*la garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*» [sentencia CSJN “Nicolaides”, 2000, cit. (§§11 a 15 del voto concurrente del juez Petracchi)].

⁸⁶¹ Cabe tener presente que la Corte Interamericana, requerida por la Comisión para pronunciarse sobre la presunta violación en que habría incurrido el gobierno de Colombia de los arts. 1º, inc. 1º, 44 y 51, inc. 2º, del PSJCR, en base al principio *pacta sunt servanda*, al haber incumplido «*deliberadamente las recomendaciones*» que aquélla le formulara, sostuvo que «*[a] juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana, la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado*» [Corte I.D.H., caso *Caballero Delgado y Santana*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C Nº 22; §§2º, 23, apart. 2 y 67, párr. 3º. El destacado no es del original)].

En la doctrina nacional, también en contra de reconocer carácter obligatorio a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ver GIORGELLI, María J., “Algunas reflexiones acerca de la efectividad de las decisiones internacionales en el ámbito interno”, ED 23.05.00, págs. 15 y 16; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El recurso extraordinario y la garantía de la doble instancia en el proceso penal. De ‘Giroldi’ a ‘Felicetti’”, LL 26.06.01, pág. 3; SAGÜÉS, Néstor P., “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos”, JA 1999-II, 347, documento en línea “Lexis Nº 992144”, en esp. puntos I, IV y V. En la posición contraria, cabe citar a BIDART CAMPOS, Germán J.-ALBANESE, Susana, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, JA 1999-II, 347, documento en línea “Lexis Nº 992144”, en esp. puntos 1, 4 y 7; HITTERS, Juan C., “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas Interamericano y Europeos”, LL 16.07.03, pág. 5; a su vez, para Chodos los informes de la Comisión, atento a la jerarquía constitucional asignada al Pacto por el art. 75, inc. 22, de la constitución y al “origen” que tienen, podrían ser considerados como superiores a las leyes (CHODOS, Sergio M. op. cit., pág. 802).

cionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional»⁸⁶². En el marco del fallo sobre La Tablada, el tribunal –también por mayoría– tras reiterar lo mencionado *in re “Acosta”*, agregó que «*resulta evidente, pues, que la recomendación de la Comisión Interamericana,..., no habría justificado la revisión solicitada por los condenados en la causa, pues en modo alguno pueden fundar la revisión de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada*»; agregando a continuación que «*en el marco descripto, la admisión de la petición sub examine⁸⁶³ constituiría la transgresión de un principio de raigambre constitucional, cual es el de la cosa juzgada, pilar fundamental sobre el que se asienta la seguridad jurídica*»⁸⁶⁴.

La problemática suscitada en cuanto a la jerarquía entre ambos órdenes de normas (constitucionales e internacionales), y por consiguiente la definición de la disposición aplicable ante un supuesto de incompatibilidad, también ha involucrado a la **Segunda Parte** de la constitución. La confusa redacción del párrafo segundo del inc. 22 (art. 75) alienta las dificultades que pueden presentarse entre los tratados con rango constitucional y las normas contenidas en la Parte Orgánica de la ley fundamental; estas últimas, cabe recordar, se encuentran protegidas bajo el paraguas jurídico de los arts. 27 y 31 de aquella ley primera. Si bien es cierto que los

⁸⁶² Sentencia CSJN “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit. (§13 del voto de la mayoría). En igual sentido, sentencia CSJN “Alonso, Jorge Francisco s/recurso de casación”, 2002, cit. (apart. III, párr. 9º, del dictamen del procurador general, con cita *in re “Acosta”*; ver también §5º del voto de la mayoría).

⁸⁶³ En el caso se trataba de la queja –por denegación de recurso extraordinario– interpuesta por el Estado nacional contra la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCas. Penal) que rechazó el recurso de revisión de la sentencia de la CFed. de San Martín, por la que se condenó penalmente a los atacantes del Regimiento de La Tablada (1989). En su argumentación ante la CS el representante estatal invocó la voluntad del Estado argentino de cumplir con las recomendaciones de la Comisión I.D.H. contenidas en el informe 55/97 (ver *infra*).

⁸⁶⁴ Sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§§6º, 9º, 11 y 15 del voto de la mayoría). Debe destacarse, como bien lo señaló el voto de la mayoría (§§13 y 14), que el presente asunto se distinguía sustancialmente del expediente “Gorriarán Merlo”, en virtud de que –a diferencia de este último– en el *sub examine* la decisión había pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo cual no se infringía el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la constitución). En aquel precedente (“Gorriarán Merlo”, también relativo a condenados bajo el régimen de la ley 23.077, por el ataque al cuartel de La Tablada, aunque en el marco de una causa judicial distinta) la Corte consideró que «*la forma más adecuada para asegurarles en estos autos la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la ley 23.077, en cuanto veda la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo al procedimiento regulado por dicha normativa*» [sentencia CSJN “Gorriarán Merlo”, 1999, cit. (§4º)]. Tal entendimiento se apoyó en otro antecedente del mismo tribunal en el cual invalidó la constitucionalidad del art. 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, ley 23.984, 21.08.91, BO 09.09.91), que establecía la inadmisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, por violación de lo dispuesto en el art. 8º, inc. 2º, “h”, del Pacto de San José [sentencias CSJN “Giroldi”, 1995, cit. (§§10 y 13); “Jorge Daniel Arce”, 1997, cit. (§4º)].

conflictos que pueden plantearse son excepcionales y resultan, en la mayoría de los casos, solucionables a través de la interpretación constitucional, ello no conduce, por cierto, a la eliminación de todas la hipótesis de controversias.

Como se vio, la Corte desde temprano, en el caso “Monges” y en los precedentes en los que reiteró su doctrina, rechazó la primacía automática de los acuerdos sobre derechos humanos con jerarquía privilegiada sobre las disposiciones constitucionales de la Segunda Parte si ella se hacía descansar sobre el argumento de la literalidad del art. 75, inc. 22, que sólo menciona dentro de las normas inderogables las ubicadas en la Parte Dogmática. Para el tribunal, los tres órdenes normativos, Primera y Segunda Parte de la constitución y los tratados constitucionalizados, «*tienen la misma jerarquía*».

Ahora bien, esta sola declaración no es suficiente a fin de aventar todos los posibles puntos de contacto entre aquellos ordenamientos.

La cuestión fue analizada por la Corte Suprema en el expediente que diera lugar al fallo sobre el ataque al cuartel de La Tablada (“Felicetti”). Dicha sentencia tuvo su origen en otras intervenciones previas tanto de la Corte como de otros tribunales.

El día 23 de enero de 1989 un grupo armado atacó y tomó por la fuerza el control del Regimiento de Infantería Mecanizada N° 3 “General Belgrano” (La Tablada, provincia de Buenos Aires). En virtud de la intervención de las fuerzas del gobierno (ejército y policía) el destacamento militar fue recuperado. Los agresores fueron juzgados penalmente bajo el régimen de la ley 23.077⁸⁶⁵ por la CFed. de San Martín, que por sentencia del 5 de octubre de 1989 los condenó con penas de prisión. En los términos de los arts. 15 y 87 de la ley mencionada, las sentencias emitidas –en única instancia– por las cámaras de apelaciones con competencia en el lugar del hecho resultan irrevisables por ante otro tribunal, cabiendo solamente la vía extraordinaria federal ante la CSJN. Luego de los diversos recursos intentados por los defensores de los encartados las condenas impuestas quedaron firmes, con autoridad de cosa juzgada, a partir de las sentencias de la CS registradas en Fallos 315:319, 325 y 347 (1992)⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Ley 23.077, de defensa de la democracia, 09.08.1984 (BO 27.08.84).

⁸⁶⁶ Cf. sentencia CSJN “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit. (§§2º, “a”, del voto de la mayoría y 8º del voto en disidencia del juez Petracchi). En la sentencia CSJN “Abella, Juan C. y otros/artículo 80, incisos 2, 6 y 7, etc. del Código Penal -ley 23077” (17.03.92; Fallos: 315:319) el tribunal desestimó la queja (por denegación del RE en origen) interpuesta por el Fiscal ante la CFed. de San Martín; mientras que en las decisiones de Fallos 315:325 y 347 (sentencias CSJN “Abella, Juan C. y otros/rebelión –causa N° 231/89–”; y “Recurso de hecho deducido por los defensores de Fray Juan Antonio Puigjane en la causa Abella, Juan Carlos y otros s/artículo 80, incisos 2, 6 y 7, etc. del Código Penal -ley 23.077–”, ambas de la misma fecha, 17.03.92 y esta última por remisión a la primera) hizo lo propio –por mayoría–, en atención a la falta de «*fundamentación autónoma*» de la presentación, en los términos del art. 15 de la ley 48 (Fallos 315:325; §§5º a 7º del voto de la mayoría).

En forma posterior, la defensa de los condenados realizó una presentación ante la Comisión I.D.H. contra el Estado argentino, alegando la violación de las garantías reconocidas por el Pacto de San José. Como consecuencia de la denuncia la Comisión emitió el Informe N° 55/97 en el cual, tras rechazar la violación del derecho a la libertad personal, halló al Estado argentino responsable del incumplimiento de algunas disposiciones del PSJCR, entre las que aquí interesan, aquellas que aluden al derecho que tienen los condenados en sede penal a la recurribilidad de las sentencias condenatorias (art. 8º, inc. 2º, “h”, Pacto). Consecuentemente, la Comisión recomendó a las autoridades nacionales “[q]ue en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077”⁸⁶⁷.

Una vez publicado el documento de la Comisión I.D.H. en su Informe Anual⁸⁶⁸, los familiares de los encartados interpusieron a favor de estos últimos acción de *habeas corpus*, fundando la pretensión, en particular, en la recomendación de la citada Comisión. La CFed. de San Martín, ante quien se efectuó la presentación, no hizo lugar a la acción, razón por la cual los actores recurrieron a la Corte Suprema por vía de apelación extraordinaria, impugnando –principalmente– los alcances que el *a quo* había reconocido al informe y a la recomendación de la Comisión I.D.H. El supremo tribunal decidió la cuestión planteada en el fallo “Acosta”, antes citado, considerando que las recomendaciones de la Comisión I.D.H. no pueden llevar a la revisión de las sentencias que han quedado firmes, pues ello afectaría el principio constitucional de la cosa juzgada⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Comisión I.D.H., Informe N° 55/97, caso 11.137/Argentina (*Juan Carlos Abella*), 18 de noviembre de 1997, Informe Anual 1997 (OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero 1998, Washington); apart. 438 (ii).

⁸⁶⁸ Comisión I.D.H., informe 55/97, cit.; apart. 439: “El plazo de un mes otorgado al Estado argentino el 18 de noviembre de 1997 para informar acerca del cumplimiento de las recomendaciones precedentes [apart. 438 (ii), citado], expiró sin respuesta alguna por parte de aquél. Por lo tanto, en fecha 22 de diciembre de 1997, la Comisión decidió hacer público el presente informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA”.

⁸⁶⁹ Sentencia CSJN “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit., ver *infra* voto de la mayoría. Por su parte, los jueces Boggiano y Bossert, que también declararon procedente el RE y confirmaron la sentencia apelada, mantuvieron que lo expuesto por la Comisión I.D.H. en su Informe N° 55/97 que «*suscitó la recomendación al Estado argentino de “hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077”..., en modo alguno puede interpretarse como una recomendación para que se aplique retroactivamente a las personas involucradas en este caso. La expresión “en lo sucesivo” no deja lugar a dudas en ese sentido. Y si tal es la pretensión de los recurrentes, el debate excede el ámbito propio de la vía intentada*» (*ibidem*, §22 del voto concurrente de ambos ministros). Por último, el juez Petracchi –en voto disidente; §9º– entendió inadmisible la vía extraordinaria en atención a que «*los términos y alcances del informe 55/97 de la Comisión... no dan fundamento a lo peticionado por los apelantes*» (libertad inmediata de los condenados).

A su vez, la defensa de los condenados recurrió la sentencia “originaria” de la CFed. de San Martín ante la Cámara Nacional de Casación Penal incoando un recurso de revisión, en los términos del art. 479 del código procesal penal de la nación⁸⁷⁰. El tribunal de la casación rechazó la revisión de la sentencia argumentando: (i) que este recurso, si bien orientado a modificar una decisión condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, únicamente procede ante la ocurrencia de los supuestos pactados en el art. 479 del código de rito, «*los cuales son específicos e inextensibles, sin que puedan ser ampliados*» por lo que existe obstáculo a la «*prosperabilidad del reclamo cuando la petición se fundamenta en motivos que no se encuentran entre los previstos legalmente*»; (ii) la expresión “ley penal más benigna” a la que alude el inc. 5º del art. 479 se refiere únicamente a una ley de fondo, distinto a lo que sucede en el *sub examine* en el que la garantía de la doble instancia contenida en las normas constitucionales (art. 75, inc. 22, párr. segundo) «*reviste un carácter netamente procesal*»; (iii) las disposiciones del Pacto de San José, incluyendo su art. 8º, inc. 2º, “h”, en tanto parte integrante del derecho interno están «*sujetas a la interpretación final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta la que, en su esfera, realizan los tribunales internacionales*»; (iv) por ello “[l]a interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso análogo al presente sella la suerte del recurso de revisión» (fallo “Acosta”), sin olvidar que, tal como lo consideraron los jueces Boggiano y Bossert en dicho precedente, la recomendación efectuada por la Comisión I.D.H. tiene virtualidad hacia el futuro (“en lo sucesivo”) y no de forma retroactiva en relación a las causas ya feneidas⁸⁷¹.

Por decreto 1.164/00, el presidente de la Nación ordenó al Procurador del Tesoro la intervención recursiva que corresponda por ante la CNCas. Penal⁸⁷². Este último tribunal declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado nacional⁸⁷³, dando vía libre a la intervención de la CS por intermedio de la presentación directa (queja).

⁸⁷⁰ CPPN, art. 479 “[e]l recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: 4) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. 5) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”.

⁸⁷¹ Sentencia CNCas. Penal, sala 2ª, “Felicetti, Roberto y otros s/revisión”, registro N° 3700/2, causa N° 2813, 23.11.00 (*inédito*).

⁸⁷² Decreto 1.164/00 PEN, por el que se instruye al Procurador del Tesoro de la Nación para que en representación del Estado Nacional se presente en la causa N° 2813 “Felicetti, Roberto y otros s/revisión” que tramita por ante la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal, 07.12.00 (BO 12.12.00).

⁸⁷³ Sentencia CNCas. Penal, sala 2ª, “Felicetti, Roberto y otros s/recurso extraordinario”, causa N° 2813, 14.12.00 (LL suplemento de Derecho Constitucional 12.03.01, págs. 31 a 37, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “La exigencia constitucional e internacional de la alzada en el proceso penal”, págs. 31 a 34).

Al ofrecer su dictamen, el fiscal de la CNCas. Penal criticó la vía utilizada por el poder ejecutivo, considerando que al intentar –por medio de la presentación del RE– la revisión de una «*sentencia definitiva pasada en*

Interin, la Comisión Interamericana, por nota del 11 de diciembre de 2000, reiterando lo expuesto en su Informe N° 55/97, recomendó al Estado argentino “[q]ue en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077”⁸⁷⁴.

El Procurador del Tesoro invocó en su escrito de presentación ante la CSJN, que las razones de su intervención guardaban íntima relación a la voluntad del Estado nacional de dar pleno cumplimiento a la recomendación efectuada por la Comisión I.D.H. en lo que respecta a la garantía de la doble instancia en materia penal.

La Corte Suprema (“Felicetti”), en su formación mayoritaria, recordó en primer lugar –como antes se indicó– la doctrina sentada en el fallo “Acosta”, acerca de la imposibilidad de tener a las recomendaciones de aquella Comisión como una causal habilitante del recurso de revisión de las resoluciones judiciales que hayan pasado en autoridad de cosas juzgada⁸⁷⁵ y, en segundo término, el voto de los jueces Boggiano y Bossert en el mismo fallo, en cuya virtud la recomendación surgida del Informe N° 55/97, reproducida en la nota de la Comisión del 11 de diciembre, tenía proyección sólo hacia el futuro (“en lo sucesivo”) resultando por ello inoperante en el *sub examine*⁸⁷⁶.

autoridad de cosa juzgada, no hace otra cosa que afectar la expresa prohibición contenida en el art. 109 de la Constitución Nacional. El fiscal censuró también lo prescripto por el decreto 1.164/00 PEN, toda vez que a tenor de los arts. 116 y 120 de la constitución, en el marco del proceso penal el Estado interviene a través de dos órganos determinados, el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, por lo cual todo intento de suplir –como en el *sub judice*– la intervención del Ministerio Público Fiscal por la del Procurador del Tesoro, bajo el argumento de la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de los tratados, «*constituye una vedada intromisión en las funciones y facultades de un órgano independiente*» como lo es el Ministerio Público (sentencia *ibidem*, considerando “a” del dictamen del fiscal de Cámara).

⁸⁷⁴ En el Comunicado de prensa de la Comisión I.D.H. N° 20/00 [caso 11.137/Argentina (*solicitud de medidas cautelares en el caso “La Tablada”*)], 11 de diciembre de 2000, Informe Anual 2000 (OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001, Washington)], además de lo mencionado se lee: “De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sin perjuicio de otras medidas que considere necesarias, la Comisión, reunida en plenaria, durante su 109º periodo extraordinario de sesiones, solicitó al Gobierno de Argentina: *La adopción inmediata de las medidas necesarias para cumplir cabalmente con las recomendaciones del Informe 55/97*” (párr. 6º. La cursiva es del original).

⁸⁷⁵ Cf. CPPN, art. 479, incs. 1º a 5º. Para el juez Fayt, la admisibilidad del recurso de revisión en este caso no significa aplicar extensivamente los motivos fijados en el art. 479 «*pues..., la situación planteada en autos ... – no se distingue de los motivos que inspiraron a los otros supuestos que dan lugar al recurso de revisión*»; bajo tal entendimiento cabe sostener «*que –más allá del contenido de la recomendación 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– la razón por la cual se admite la pretensión del Estado Nacional de conceder el presente recurso de revisión obedece a la comprobación de la violación de la garantía prevista en el art. 8 inc. 2, h del Pacto de San José de Costa Rica*» [sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§§9º, párr. 1º y 11, párr. 2º, del voto en disidencia del juez Fayt; ver también §16 del voto en disidencia del juez Bossert)].

⁸⁷⁶ Sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§7º del voto de la mayoría). Para el ministro Boggiano, la recomendación de la Comisión, en cuanto exige la plena vigencia del derecho a la doble instancia “en lo sucesivo”,

Dicho lo anterior el tribunal ingresó (por mayoría) al análisis de la garantía que se desprende del art. 8º, inc. 2º, “h”, del PSJCR. En su opinión, la disposición «*no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso*»; el derecho del inculpado penalmente “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, contenido en aquel artículo del Pacto no resulta automáticamente incompatible con un sistema de «*instancia única*». Lo garantido por el Pacto, continuó la Corte, es «*que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados*». Una hermenéutica que se apartara de este razonamiento, argumentó el tribunal, «*pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución*»⁸⁷⁷. En definitiva, concluyó la Corte, «*[I]o que la convención aseguró, pues, fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior*», lo cual, en las circunstancias de autos se había observado fielmente puesto que la decisión, emitida antes de la creación de la CNCas. Penal, provino de una Cámara Federal de Apelaciones que a la época del fallo eran «*los tribunales superiores de las causas penales federales... por lo que..., la regla internacional no fue violada*»⁸⁷⁸⁻⁸⁷⁹.

«*resulta, según lo advierte aquí esta Corte, una ilegítima restricción del derecho consagrado en el art. 8.2.h del Pacto, incompatible con la jerarquía constitucional de que ahora goza en el país (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)*» (ibidem, §20 de su voto en disidencia). Por su parte, el juez Bossert (también autor de la interpretación literal de la voz “en lo sucesivo” contenida en el Informe N° 55/97) sostuvo que «*la Nota de la comisión del II de diciembre de 2000 dirigida al Estado Nacional en la que se reitera la exigencia de la aplicación de dicha garantía con expresa referencia a los condenados en el proceso de La Tablada exige apartarse de esa posible interpretación gramatical que conduciría a una conclusión exactamente contraria al contenido de esta Nota que, de este modo, esclarece definitivamente el sentido de las Recomendaciones del Informe 55/97*» (ibidem, §13 de su voto en disidencia).

⁸⁷⁷ A pesar de la falta de claridad, el considerando podría ser visto como una consagración de la supremacía de la Primera Parte de la constitución sobre los tratados de derechos humanos con rango constitucional.

⁸⁷⁸ Sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§10 del voto de la mayoría). Más adelante, el mismo voto señaló que «*[c]onforme con los principios así reseñados, la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno. El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación*» (ibidem, §14, párr. 2º).

⁸⁷⁹ Como dato adicional cabe agregar que el asunto por el copamiento del cuartel “General Belgrano” (La Tablada), concluyó con la sanción del decreto 1.263/00 PEN, citado, por el que se conmutaron las penas a los condenados y presos por tal acontecimiento.

Cabe ahora hacer mención al modo en que rigen los tratados del art. 75, inc. 22, párrafo segundo, en el derecho interno, esto es **en las condiciones de su vigencia**, tal como lo menciona la constitución. En este sentido, la CS ha mantenido que tal expresión significa que los mentados instrumentos deben aplicarse «*tal como... efectivamente rige[n] en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*»; ello explica, en el caso del PSJCR, que dicha «*jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*» (doctrina “Giroldi”)⁸⁸⁰.

En este contexto cabe destacar asimismo, como bien lo sostiene Legarre, que en el marco del derecho constitucional argentino “no debería existir una regla estricta según la cual la Corte [Suprema], al interpretar el Pacto de San José de Costa Rica, estaría obligada a atenerse necesariamente a las interpretaciones que haga la Corte Interamericana en casos análogos”, por lo que llegado el caso, en situaciones excepcionales⁸⁸¹, la Corte Suprema podría apartarse de las decisiones que adopte la Corte I.D.H., y de este modo “aplicar la pauta” hermenéutica consignada en el art. 75, inc. 22, párrafo segundo, en cuanto a la inderogabilidad de la Primera Parte de la constitución⁸⁸². Para la opinión citada, la CS debe aplicar el Pacto “desde” la óptica de la constitución nacional, lo cual parece ir en la misma línea de lo que Sagües denomina “margen nacional” en la interpretación de los tratados, incluyendo al PSJCR⁸⁸³. En tal sentido, no debe olvidarse, como argumento adicional, los términos en que fue redactado y depositado el instrumento de ratificación del Pacto.

Si bien es cierto que la Corte Suprema pareció en un primer momento colocar en un plano de igualdad las sentencias de la Corte I.D.H. y los informes y recomendaciones de la Comisión I.D.H. –a los fines de la doctrina “Giroldi”⁸⁸⁴, prontamente despejó toda clase de dudas sobre la diferencia obligacional que distingue a ambos al sostener que «*cabe destacar que si bien por el principio de*

⁸⁸⁰ Sentencias CSJN “Giroldi”, 1995, cit. (§11).

⁸⁸¹ Como la que ejemplifica el autor citado: que la Corte I.D.H. llegase a mantener que una posición como la sostenida por la CSJN en el precedente “CHA” (sentencia CSJN “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicias/personas jurídicas”, 22.11.91, Fallos 314:1531: denegación de la personería jurídica a la asociación homónima), resulta violatoria del Pacto.

⁸⁸² LEGARRE, Santiago, “El Tratado Internacional...”, cit., págs. 1022 y 1023.

⁸⁸³ SAGÜES, Néstor P., “Mecanismos de incorporación...”, cit., pág. 416; *del mismo autor*, “La revisión judicial de las amnistías. Enfoque constitucional local e internacional”, JA número especial “150 años de la Constitución Nacional”, 30.04.03, pág. 66.

⁸⁸⁴ Cfs. sentencias CSJN “Hernán Javier Bramajo”, 12.09.96 (Fallos 319:1840; §§8º, párr. 2º y 15 del voto de la mayoría); “Sánchez Reisse, Leandro Angel s/excarcelación”, 07.05.98 (Fallos 321:1328; apart. IV, párr. 6º, del dictamen del procurador fiscal al cual remite la Corte en el voto de la mayoría).

buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial»⁸⁸⁵. No debe dejar de notarse que la Comisión I.D.H.–como surge de los términos del PSJCR– no constituye un tribunal, por lo cual tampoco puede calificarse de “jurisprudencia” a los informes y recomendaciones que ella emita, que sólo pueden caracterizarse como opiniones motivadas sobre la hermenéutica que –según tal organismo– ha de atribuirse a las disposiciones del Pacto.

El rango constitucional otorgado por el inc. 22 del art. 75 jerarquiza a los tratados sobre derechos humanos allí mencionados en relación al resto de los convenios internacionales suscriptos sobre otras materias y a los demás instrumentos sobre derechos fundamentales no beneficiados por aquel *status*.

Con relación al primer supuesto algunos jueces han sostenido que los tratados constitucionalizados «deben ser considerados de una jerarquía superior frente a los que resulten incorporados a la legislación en vigor –ya sean de derecho público o privado–...»⁸⁸⁶. En tal dirección puede mencionarse el fallo “Wilner/Osswald”, en el cual la Corte analizó la compatibilidad de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁸⁸⁷ con la Convención de los Derechos del Niño⁸⁸⁸.

Por último, cuando la cuestión involucra dos convenios internacionales, ambos con rango constitucional, la solución puede hallarse a través del principio de especialidad, en atención al alcance y naturaleza del régimen protectorio⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Sentencias CSJN “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit. (§13, párr. 1º, del voto de la mayoría); “Felicetti”, 2000, cit. (§6º del voto de la mayoría). En una posición más proclive a otorgar naturaleza vinculante a los informes y recomendaciones de la Comisión I.D.H., ver de las siguientes sentencias de la CSJN los §§14 del voto concurrente de los jueces Boggiano y Bossert, en “Claudia Beatriz Acosta” (1998, cit.) y 14 y 15 del voto en disidencia del juez Bossert, en “Felicetti” (2000, cit.).

⁸⁸⁶ Sentencia CSJN “Méndez Valles”, 1995, cit. (voto concurrente del juez Vázquez). Ello no impide que los compromisos nacidos bajo el amparo de los tratados con rango constitucional «deb[an] armonizarse con los que asumió el país al aprobar otros tratados internacionales», por ello la Corte debe analizar «las disposiciones de [los] distintos tratados de modo tal de no ponerlas en pugna dándoles el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto» [sentencia CSJN “Alonso, Jorge Francisco s/recurso de casación”, 2002, cit. (§18, párrs. 1º y 2º, del voto en disidencia del juez Boggiano)].

⁸⁸⁷ Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada por la 14^a sesión de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, 25 de octubre de 1980; aprobada por ley 23.857 (27.09.1990, BO 31.10.90), y vigente para la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991.

⁸⁸⁸ Sentencia CSJN “Wilner/Osswald”, 1995, cit. (§§9º a 21 del voto de la mayoría, 26 a 29, 32 y 33 del voto en disidencia de los jueces Moliné O’ Connor y Fayt y 11 y 17 del voto en disidencia del juez López).

⁸⁸⁹ Sentencia CSJN “S., V. c/M., D. A.”, 2001, cit. (§18 del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor y López: PSJCR y Convención sobre los Derechos del Niño).

b) La relación entre derecho internacional y normas de rango legislativo e inferiores

i) Regulación constitucional: arts. 31 y 75 incs. 22 y 24

En su redacción originaria la constitución argentina, a pesar de la amplitud con la cual reguló las atribuciones de los órganos constituidos en materia internacional, guardó silencio absoluto en torno a la jerarquía de los tratados y acuerdos frente al derecho interno de rango legislativo⁸⁹⁰.

A tenor del art. 31 de la Carta tanto las leyes del congreso dictadas en su consecuencia, como los tratados con las potencias extranjeras son considerados “ley suprema de la Nación”. Además de la prevalencia de ambos tipos de normas sobre las disposiciones, legislativas y constitucionales, del derecho provincial, aquel artículo determina por su redacción igual grado de supremacía de los tratados y las leyes sobre el orden normativo infralegal, es decir decretos, resoluciones, disposiciones, circulares, etc.

En la expresión “leyes” la jurisprudencia incluyó en su momento a los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto cuando, vuelto el país a la normalidad institucional, fueran ratificados por leyes del congreso o, según una evolución jurisprudencial posterior, no fueran derogados expresamente por leyes del parlamento.

Nada se establecía, en forma expresa, acerca de la jerarquía que debía definir la relación entre las leyes del congreso y los tratados. La ausencia de una disposición constitucional que esclareciera en tales casos la norma aplicable en los supuestos de conflicto alimentó las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. Parte de los autores se inclinaban por la prevalencia de los acuerdos internacionales sobre las leyes⁸⁹¹, mientras que otros, aplicando el adagio *lex*

⁸⁹⁰ En sus “Bases” Alberdi había pregonado enfáticamente acerca de la conveniencia de concertar tratados con las demás potencias extranjeras. En su opinión, el gobierno argentino debía “promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la constitución. Si ella fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados”, agregando a continuación que “[e]n cuanto a su observancia, debe de ser fiel por nuestra parte para quitar pretextos de ser infiel al fuerte. De los agravios debe alzarse acta, no para vengarlos inmediatamente, sino para reclamarlos a su tiempo” (ALBERDI, Juan B., op. cit., pág. 187).

⁸⁹¹ Muy antigüamente, González explicaba que “el Congreso no puede variar las estipulaciones de los tratados concluidos” (GONZÁLEZ, Joaquín V., op. cit., pág. 405). También a favor de la primacía de los tratados sobre las leyes, sean éstas anteriores o posteriores: BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena…”, cit., págs. 185 a 189 (entre las razones aducidas por el autor, figuran: 1. la naturaleza contractual del tratado, en

posteriori derogat priori, aceptaban que una ley que sucediera a un tratado, y fuere con el inconciliable, podía provocar su inaplicación o derogación⁸⁹².

Recién en 1994 la convención constituyente puso fin a esta problemática, a través de la introducción de los incs. 22 y 24 del art. 75, los cuales receptan la jurisprudencia sentada dos años antes por la Corte Suprema.

El inciso 22 determina que los tratados tendrán una jerarquía superior a las leyes⁸⁹³. No se distingue temporalmente las leyes a las cuales se refiere, por lo que cabe predicar dicha superioridad normativa tanto sobre las normas anteriores como posteriores a los tratados. Esta disposición respondió a la habilitación que el congreso otorgó a la CNC 1994 para el tratamiento de la cuestión de la “jerarquía de los tratados internacionales”, pudiendo a tal efecto –como finalmente aconteció– dar nueva redacción al art. 67, en el inciso que corresponda (*ex inc. 19*)⁸⁹⁴.

Por su parte, el inc. 24 del art. 75, que luego se analizará, extiende aquella jerarquía de superioridad normativa a las disposiciones dictadas en consecuencias,

tanto participan dos o más Estados, frente a la esencia unilateral de la ley; 2. una vez que el congreso ha dado su consentimiento, a través de la ley aprobatoria, no puede posteriormente revocarlo; 3. la derogación de un tratado debe provenir de la autoridad que lo ha creado, los Estados partes, y no de uno de ellos unilateralmente; 4. al ser la ley y el tratado normas de distinta naturaleza resulta imposible –desde el punto de vista lógico– que la aplicación de una afecte la vigencia de la otra; 5. al aceptarse la posición contraria lo que se produce es la violación de un tratado previamente acordado, es decir la ocurrencia de un ilícito internacional que hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional; 6. por último, la doctrina que mantiene la vigencia del adagio de la *lex posteriori* resulta incongruente pues significa partir de la idea de que al aprobarse un tratado, en realidad, nacen dos tratados, uno de derecho interno y otro de derecho internacional, de manera que la sanción de la ley posterior deroga el primero, a pesar de que el segundo sigue vigente en el plano internacional); BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, cit., págs. 285 a 286 (sobre la base del art. 10 de la Convención de La Habana de 1928 y del principio *pacta sunt servanda*); *del mismo autor*, “La incorporación...”, cit., págs. 1055, 1060 y 1061 (en virtud de la naturaleza contractual de los tratados –frente a la unilateralidad que caracteriza a las leyes– y de la responsabilidad internacional); *ibidem*, “Crítica a dos aspectos...”, cit., pág. 774; “La posible integración...”, cit., págs. 1020 y 1022; CASSAGNE, Juan C., “El perfeccionamiento institucional...”, cit., págs. 10 y 15; *del mismo autor*, “El Mercado Común del Sur:...”, cit., pág. 878; DÍAZ CISNEROS, Cesar, “Incorporación de las normas esenciales del Derecho internacional en las instituciones y leyes de los Estados”, LL 77, 797 [1955]; GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía...”, cit., págs. 111 a 112; *del mismo autor*, “De nuevo: Derecho internacional...”, cit., pág. 423; *ibidem*, “Derecho Internacional Privado...”, cit., págs. 59 y 61; VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., págs. 246 a 249 (para quien la cuestión no se resuelve por la mera afirmación según la cual el congreso no puede legislar en forma contraria a lo dispuesto por un tratado, sino por la aplicación del principio *pacta sunt servanda* y la eventual responsabilidad internacional por la que debería responder el Estado).

⁸⁹² ANASTASI, Leónidas, op. cit., pág. 1186; REINA, Ana M., op. cit., págs. 346 a 347, 368, 369 y 370 (sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado); VINUESA, Raúl E., “Los tratados internacionales...”, cit., págs. 39 a 40 (la vigencia de la Convención de Viena es relevante sólo “cuando el conflicto es a nivel internacional, porque a nivel interno un juez de nuestros tribunales interpreta la Constitución como la última palabra y ella claramente jerarquiza a los tratados en iguales condiciones que la ley”).

⁸⁹³ Constitución, art. 75 “Corresponde al Congreso:... inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

⁸⁹⁴ Ley 24.309, cit. (art. 3º, inc. “a” y apart. I).

o dentro del marco, de los tratados de integración que, además de ser aprobados legislativamente, deleguen competencia y jurisdicción a órganos supranacionales. De más está decir que los tratados de integración también se encuentran beneficiados por el grado supralegal, por fuerza del inc. 22 y del inc. 24, ambos del art. 75.

ii) Las etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema

En sentido estricto, los conflictos más importantes entre los tratados y las leyes se presentaron en los supuestos en que éstas eran posteriores a los primeros, puesto que en la hipótesis inversa la jurisprudencia, tanto de la CS⁸⁹⁵ como de los tribunales inferiores⁸⁹⁶ y de la PTN⁸⁹⁷, había reconocido la prioritaria aplicación del tratado⁸⁹⁸. Este último entendimiento únicamente era excepcionado en los supuestos en los que estuviera en causa la vigencia de un principio básico del derecho interno⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Sentencias CSJN “Fagoaga”, 1953, cit. (§6º del voto en disidencia del juez T. D. Casares); “Editorial Noguer”, 1962, cit. (§11); “Martin & Cia. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§12); “Gabrieloni”, 1980, cit. (§6º). Respecto a tratados de extradición, ver sentencias CSJN “Wiheim Wolthusen (a) Albert Otto Sthal, su extradición a solicitud de las autoridades de los Estados Unidos”, 06.03.1925 (Fallos 145:402; §9º); “Manuel Fernández Fernández y otros”, 30.03.1950 (Fallos 216:285; §2º). En la doctrina ver, REINA, Ana M., op. cit., pág. 347.

⁸⁹⁶ Sentencias de la Cámara 2^a de Apelaciones de Córdoba, “Marcos Tolosa”, 1937, cit. (voto del juez Romero del Prado, párrs. 3º y 4º, al adhiere el resto del tribunal); Cámara 2^a de Apelaciones de La Plata, sala 1^a, “Máximo Montero”, 1938, cit. (voto del juez Ríos, párrs. 3º y 4º, al que adhiere el juez Herrera).

⁸⁹⁷ Dictamen de la PTN, *Ministerio de Economía*, expte. N° 4.200/63, 5 de noviembre de 1963 (Dictámenes 87:109; apart. II.1, párr. 5º).

⁸⁹⁸ Un caso particular se dio en el asunto “Budelacci c/Banco Italiano”, en el cual el cónsul italiano en la Argentina invocó los arts. 13 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre el Reino Unido y las Provincias Unidas del Río de la Plata (firma: Buenos Aires, 2 de febrero de 1825) y 9º del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre el Gobierno de la Confederación Argentina y el Reino de Prusia y los Estados del Zollverein (firma: Paraná, 19 de septiembre de 1857; aprobado por ley 154 [Congreso de Paraná], 25.09.1857; en vigor: 3 de junio de 1859), a fin de que le fuera reconocido, en virtud de la cláusula de nación más favorecida, atribuciones que estaban habilitadas para los cónsules de Gran Bretaña y de los Estados del Zollverein por los tratados citados, pero que sin embargo no resultaban de la Convención Consular entre Argentina e Italia (firma: Roma, 28 de diciembre de 1885; aprobada por ley 3.250, 25.09.1857; en vigor: 17 de abril de 1896). La Corte Suprema rechazó la pretensión y aplicó la ley 163 (sobre sucesión *ab intestato* de extranjeros, 29.09.1865), interpretando que el art. 13 de la Convención Consular con Italia, en tanto prescribe que la intervención de los cónsules respectivos en los trámites sucesorios de sus connacionales “será regida por las leyes y disposiciones reglamentarias que estén en vigor en el Estado donde se abra la sucesión”, remite a la legislación vigente al momento de la muerte del causante, para el caso la mencionada ley 163 [sentencia CSJN “Budelacci c/Nuevo Banco Italiano”, 1919, cit. (considerando párrs. 3º, 4º y 8º)].

⁸⁹⁹ Así por ejemplo, en el fallo “ESMA – hechos que se denunciaron como ocurridos” (CSJN, 29.03.1988, Fallos 311:401) la Corte –tanto en el voto de la mayoría: §4º, párr. 4º, como en la concurrencia firmada por el juez Petracchi– consideró que si bien la aplicación en el *sub examine* de la doctrina de la *lex posteriori*, sentada en Fallos 257:99 (“Martin & Cia. c/Nación Argentina” –II–), obligaría a dar prioridad a la Convención contra la Tortura (aprobada por ley 23.338, citada) por sobre lo dispuesto en el art. 2º del código penal, tal resultado es inatendible en tanto esta última norma enuncia el principio de la ultractividad de la ley penal más benigna. El ministro Petracchi argumentó, en forma concordante, que el principio de la temporalidad, que rige las relaciones entre los tratados internacionales y las leyes «*cede ante lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional que prohíbe la retroactividad de la ley penal más cargosa*» (*ibidem*, §5º, párr. 2º, de su voto

La posición adoptada por el máximo tribunal en cuanto a los casos en los que existía una incompatibilidad entre una ley interna y un tratado anterior, fue variando con el paso de los años.

— Primera etapa

En una **primera etapa (a)** la Corte Suprema se inclinaba por otorgar primacía a los tratados internacionales. En tal sentido, uno de los asuntos más antiguos que puede citarse es el fallo “Pietracaprina”, dictado en el marco de una extradición solicitada por Uruguay. En dicho asunto, la defensa del extraditado invocó como uno de los obstáculos para la procedencia del extrañamiento el incumplimiento por el Estado requirente de lo dispuesto en el art. 12, inc. 3º, de la ley 1.612 (regulatoria del mecanismo extradiccional), en cuanto exigía que los pedidos correspondientes debían estar acompañados, entre otros documentos, de “la copia de las disposiciones legales, aplicables al hecho acusado, según la legislación del país requirente”. Al momento de acceder a la petición del gobierno uruguayo, el juez de sección (federal) de Jujuy, a cuyos fundamentos se remite el fallo de la Corte a fin de confirmar la sentencia, mantuvo la aplicación prevalente del Tratado de Extradición con la República Oriental por sobre lo estipulado en la norma interna, por constituir aquél un acuerdo celebrado entre dos naciones (bilateral), a diferencia de la ley 1.612 que constituye un acto de voluntad unilateral. En efecto, esta última ley no *«ha modificado ni puede modificar los tratados existentes, como lo declara en el artículo 33, diciendo que el procedimiento establecido en ella se aplicará también a los casos regidos por los tratados de extradición en todos aquellos puntos que no estuvieran en contradicción con sus estipulaciones, de modo que el tratado que es un acto emanado del acuerdo de dos naciones, tiene que primar sobre la ley citada de extradición que es el acto de una sola parte»*⁹⁰⁰.

concurrente). En el expediente fueron invocadas, por un lado, la ley 23.521 (1987), de obediencia debida en concordancia con el art. 2º del código penal (ley penal más benigna) y, por el otro, la Convención contra la Tortura (1986).

⁹⁰⁰ Sentencia CSJN “Criminal; de extradición requerida por el Ministro de la República Oriental, contra Dionisio Pietracaprina, procesado por hurto, estafa y abuso de confianza”, 14.02.1889 (Fallos 35:207; §§4º, párrs. 1º y 2º, 5º y 6º, del fallo de primera instancia al que se remite la Corte). Cabe hacer aquí una aclaración. El fallo del juez de sección de Jujuy fue de fecha 27 de septiembre de 1888, habiendo presentado Uruguay el pedido de extradición el 21 de julio de 1888; por su parte, como se dijo, la sentencia de la Corte Suprema es del 14 de febrero de 1889. Ahora bien, el Tratado de Extradición con Uruguay, de 14 de junio de 1865, citado, según las informaciones del MRECIyC (Dirección Tratados) fue denunciado el 20 de agosto de 1885, en los términos del art. 33 de la ley 1.612 (1885). Si bien con posterioridad ambos gobiernos firmaron varios convenios sobre extradición (Protocolo preliminar al Tratado de Extradición, firma: Montevideo, 20 de noviembre de 1877; Tratado de Extradición de Criminales, firma: Montevideo, 26 de noviembre de 1877; y Tratado de Extradición, firma: Montevideo, 1º de junio de 1887), ningún de ellos entró en vigor por falta de ratificación. De allí que pueda presumirse que el tratado aplicado en esta sentencia no estaba ya en vigencia por haber sido denunciado. Por lo demás, el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, citado, que también regula el trámite de la extradición (título III), fue firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, habiendo

La misma doctrina fue extendida respecto de los principios del derecho internacional⁹⁰¹.

Asimismo, cabe recordar el voto discordante del juez T. D. Casares en el expediente “Fagoaga”, en el cual, no obstante guardar silencio acerca del grado prevalente de los tratados⁹⁰², mantuvo la imposibilidad jurídica que tiene el parlamento para emitir normas que los contrarien. Frente al argumento del representante del Estado sobre la derogabilidad del tratado con los Estados Unidos por fuerza del decreto-ley 18.235, el mencionado magistrado destacó que dicha «*tesis es incompatible con los principios jurídicos y con la tradición argentina en el orden de las relaciones internacionales. En principio,... la tesis de que un tratado puede ser derogado por una ley posterior importa sostener que cuando la Nación contrae un compromiso en el orden internacional, conserva la facultad de sustraerse a él por acto de su exclusiva voluntad, fuera de las formas y oportunidades que para su denuncia se hallan establecidas en él. La radical contradicción en que ello está con el valor de la promesa que constituye la esencia del tratado, es de evidencia inmediata. No se ha de atribuir a los tratados una jerarquía legal superior a la de las leyes internas, pero como se acaba de decir, en la esencia de las leyes por las cuales se incorpora al orden jurídico nacional el contenido de un tratado está la promesa de atenerse a lo convenido –cuando se procedió con formalidad y con justicia–, del modo y durante el tiempo convenidos, mientras no sobrevengan circunstancias que pongan al cumplimiento de lo que se convino en colisión con la existencia o el honor de la Nación»*⁹⁰³.

La doctrina sentada por algunos tribunales inferiores era proclive al reconocimiento de la superioridad jerárquica de los acuerdos internacionales en relación a las normas de sustancia legislativa⁹⁰⁴.

sido ratificado y entrado en vigor en lo que hace a la Argentina (depósito del instrumento de ratificación: 11 de diciembre de 1894) y a Uruguay (depósito del instrumento: 1 de octubre 1892), varios años después de la sentencia comentada (fecha del depósito argentino; cf. 48 del Tratado).

⁹⁰¹ Así por ejemplo, en el fallo “Adolfo Guerrero” la Corte federal sostuvo la primacía de los principios de derecho internacional público sobre el código civil: «*es evidente que los actos de soberanía y gobierno de un Estado independiente, en lo que se refiere a la designación de sus agentes o empleados, no pueden razonablemente entenderse sujetos a las formas rigurosas que el derecho civil prescribe para los actos privados entre particulares*» [sentencia CSJN “Guerrero, Adolfo en representación de la República de Chile c/Boller, Vicente”, 01.10.1891 (Fallos 46:133; §§2º y 3º)].

⁹⁰² Como bien apunta Vanossi, el voto del juez T. D. Casares “no afirma claramente la primacía del tratado sobre la ley interna” (VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., pág. 249, nota 281).

⁹⁰³ Sentencia CSJN “Fagoaga”, 1953, cit. (§5º del voto en disidencia del juez T. D. Casares).

⁹⁰⁴ Así lo resolvió, por ejemplo, la Cámara Federal de Rosario, al inaplicar por fuerza del art. 31 de la constitución el art. 1º (retribuciones por servicios portuarios) del decreto-ley 6.575/58 (28.04.1958, BO 10.06.58), en virtud de lo estipulado en el art. 7º del Tratado de Comercio con Brasil de 1940, citado, el cual fijaba la prohibición de establecer nuevos derechos aduaneros con posterioridad a su entrada en vigencia [sentencia CFed. de Rosario, “Martín & Cía. Ltda. c/Gobierno Nacional”, 16.06.1959 (JA 1960-II, 343; §3º del voto del juez Carrillo acompañado por el resto de la sala. El fallo fue anotado por SANTA PINTER, José Julio, “Jerarquía e interpretación de los tratados internacionales”, págs. 344 a 346).

Por otro lado, la prevalencia de los tratados internacionales fue reconocida por la máxima jurisdicción nacional respecto de los decretos del poder ejecutivo, aún cuando éstos fueran dictados en forma posterior. El fundamento constitucional de tal entendimiento descansaba en el art. 31 de la carta política en cuanto declara a los acuerdos internacionales ley suprema de la Nación⁹⁰⁵.

— Segunda etapa

A partir de la década de los '60 comienza lo que podría entenderse como la **segunda etapa** en la evolución de la jurisprudencia (b), que al colocar a los tratados internacionales en pie de igualdad jerárquica con respecto a las leyes nacionales, aplicaba en las hipótesis de conflicto, el principio de la sucesión normativa (*leges posteriores priores contrarias abrogant*).

En un primer momento, dicha cuestión fue analizada por el procurador general al emitir su dictamen en la causa “Haras Los Cardos” (1940). Allí consideró que en virtud de la igualdad de rango que existe entre ambos órdenes normativos, tratados y leyes, resulta posible la derogación recíproca atendiendo al criterio de temporalidad, requiriéndose únicamente que aquella derogación conste de forma clara en el texto de las normas involucradas⁹⁰⁶. En su decisión la Corte no se expidió sobre este punto.

En el fallo “Cía. Argentina de Seguros Generales c/Banco de la Nación” la Corte Suprema, no obstante aplicar el art. 22 de la Carta Orgánica del Banco de la Nación (decreto-ley 13.129/57)⁹⁰⁷ en desmedro de lo estipulado en el art. 3º del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940⁹⁰⁸, lo hizo por razones vinculadas –antes que a la vigencia del principio de la *lex posteriori*– al hecho de que el mencionado art. 22 constituía una reglamentación

⁹⁰⁵ En tal sentido, sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (I), 1958, cit. (considerando párr. 8º, apart. segundo). En el caso el conflicto internormativo involucraba, de una parte, el art. 7º del Tratado de Comercio y Navegación entre Argentina y Brasil de 1940, antes citado, y, de la otra, los decretos 26.224/51 y 6.093/52 (que establecían el pago por el servicio de almacenaje de las mercaderías importadas).

⁹⁰⁶ En concreto el procurador mantuvo que «*nada obsta a que una ley aprobatoria de tratados modifique la legislación anterior; o a que las leyes comunes comporten la denuncia de tratados existentes, siempre que en ambos casos los poderes públicos obren dentro de sus facultades y lo sancionado se encuadre en el rígido marco que para toda clase de leyes establece la Constitución Nacional. [...] Forzoso resulta estudiar en cada caso si realmente hay incompatibilidad entre la ley aprobatoria del tratado y la común...*» [sentencia CSJN “Haras Los Cardos”, 1940, cit. (párr. 3º del dictamen del procurador general, con cita de la jurisprudencia norteamericana)]. Ruiz Moreno adujo en su momento que el dictamen del procurador “ha adelantado la verdadera doctrina” (RUIZ MORENO, Isidoro, “El Derecho Internacional...”, cit., pág. 29).

⁹⁰⁷ Decreto-ley 13.129/57, por el que se aprueba la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, 22.10.1957 (Adla XVII-A, 865).

⁹⁰⁸ Firmado en Montevideo, el 19 de marzo de 1940, y aprobado en Argentina por decreto-ley 7.771/56, 27.04.1956 (BO 08.05.56).

específica de los arts. 100 y 101 de la constitución (hoy arts. 116 y 117), frente a lo cual no era posible invocar la declinación de la competencia de la justicia federal en las causas en las que la Nación o sus entidades autárquicas fueran partes⁹⁰⁹.

La problemática fue examinada en detalle por la CS con motivo del fallo “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (1963). El asunto llegó a conocimiento del tribunal a través del RE interpuesto por el Estado nacional contra la sentencia de la Cámara Federal de Rosario⁹¹⁰ en cuanto había hecho a lugar el reclamo presentado por la empresa y, sobre la base del art. 31 de la constitución, declarado inaplicable el art. 1º del decreto-ley 6.575/58 por fuerza de lo estipulado en el art. 7º del Tratado de Comercio y Navegación con Brasil de 1940.

El máximo tribunal consideró que a los fines de establecer la jerarquía entre ambos tipos de normas debía estarse a lo prescripto en el ordenamiento constitucional, que es el competente para fijar la escala normativa aplicable en la República, lo cual viene confirmado por el hecho de que es en virtud de tal jerarquía, estipulada en la constitución, que se ha encomendado al poder judicial, incluyendo en última instancia a la Corte, ejercer el control de constitucionalidad (arts. 31 y 100, constitución) sobre los tratados y las leyes. Por lo demás, el propio derecho internacional, atendiendo a la distinción de los tratados en cuanto convenios entre naciones y como disposiciones de derecho interno, remite al ordenamiento nacional para la solución de los asuntos que se planteen en este último supuesto⁹¹¹.

En tal contexto el fallo acrecentó que de la lectura de las normas constitucionales aplicables, arts. 31 y 100, no surge que exista superioridad de los tratados sobre las leyes del congreso, por el contrario, en los términos del art. 31 ambos «*son igualmente calificados como “ley suprema de la Nación”, y no existe fundamento normativo para accordar prioridad de rango a ninguno*», lo cual viene corroborado por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana que han comentado la disposición análoga de la constitución de aquel país (art. VI)⁹¹². Siendo por lo

⁹⁰⁹ Sentencia CSJN “S. A. Cía. Argentina de Seguros Generales La República c/Banco de la Nación Argentina”, 28.12.1962 (Fallos 254:500; §§1º a 4º). El expediente se inició a partir de una demanda presentada ante la justicia civil y comercial nacional, contra el Banco de la Nación (BNA). Este último contestó la demanda oponiendo la excepción de incompetencia, argumentando que al tratarse de un acto ejecutado por la sucursal del banco situada en Asunción (Paraguay) el proceso correspondía a la competencia de los jueces de esta ciudad. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara respectiva hicieron lugar a la excepción. Finalmente, la CS –apartándose del dictamen del procurador general– resolvió revocar la sentencia apelada y determinar la competencia de los tribunales federales. El art. 3º del Tratado establece la jurisdicción de los tribunales del lugar de la sede de la sucursal que ejecuta el acto –en este caso ubicada en Asunción–, mientras que el art. 22 de la Carta Orgánica fija la jurisdicción federal argentina en las causas en las que el BNA fuera parte.

⁹¹⁰ Sentencia CFed. de Rosario, “Martín & Cía. c/Gobierno Nacional”, 1959, cit.

⁹¹¹ Sentencia CSJN “Martin & Cia. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§§4º, 5º y 9º). Ver, sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§21 del voto concurrente del juez Boggiano); y dictamen del procurador general en la causa S.C.A.1391, L.XXXVIII, “Astiz”, 2002, cit. (apart. IX.B, párr. 2º, también párr. 10º).

⁹¹² Sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§§6º y 7º).

tanto, de igual valor y autoridad en el derecho interno los tratados y las leyes, los supuestos de conflicto deben ser resueltos por aplicación del principio *leges posteriores priores contrarias abrogant*⁹¹³. Por ello, en el caso de autos el decreto-ley [ratificado por ley] «es modificadorio» del tratado con Brasil y esta «reforma del régimen legal no puede ser impedida so color de la independencia del Poder Judicial, respecto de la opinión del Legislativo o Ejecutivo»⁹¹⁴.

La Corte Suprema confirmó la doctrina señalada en el fallo “Esso c/Nación Argentina” (1968)⁹¹⁵.

Por último cabe hacer dos precisiones adicionales, las cuales deviene oportuno destacar a los fines de los párrafos posteriores. En primer lugar, la Corte pareció *desear* de forma implícita un argumento muy similar al de la teoría que considera al tratado aprobado y ratificado como *acto complejo federal*, en atención a la participación del legislativo y del ejecutivo. En efecto, la decisión rechazó que el decreto-ley, al disponer contrariamente a lo prescripto en un tratado internacional, infrinja los arts. 67, inc. 19 y 86, incs. 2º y 14, de la ley fundamental⁹¹⁶. En segundo término, también desestimó el tribunal que la eventual responsabilidad internacional en la cual podría incurrir el Estado argentino, por la violación del tratado en cuestión, pueda ser invocada para justificar una solución diferente puesto que ella «es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esta Corte»⁹¹⁷.

⁹¹³ Sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§§8º); así también, sentencia CSJN “Gabrieloni”, 1980, cit. (dictamen del procurador general párrs. 7º y 9º). En la doctrina de la PTN ver, dictamen *Administración Nacional de Aduanas*, 1989, cit. (aparts. III, párr. 6º y IV, párr. 1º, por remisión al dictamen de la Consejería Legal del MREyC).

⁹¹⁴ Sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§§10 y 11).

⁹¹⁵ Sentencia CSJN “S.A. Petrolera Argentina Esso c/Nación Argentina”, 05.06.1968 (Fallos 271:7; §11). Las normas en contradicción eran, de una parte, el Convenio Comercial entre Argentina y Estados Unidos (firmado en Buenos Aires, el 14 de octubre de 1941; aprobado por ley 12.741, 03.07.1942, BO 14.07.42; en vigor: 8 de enero de 1943), y por la otra, el decreto 5.153/55, que la Corte tuvo como una disposición «de carácter legislativo» en atención a su imbricación con el decreto-ley 5.154/55, lo cual le permitió la aplicación al *sub judice* de la doctrina del fallo “Martin & Cía. Ltda.” (*ibidem*, §§9º y 11). El expediente, iniciado a partir de una demanda por repetición de sumas abonadas por cobro de operaciones de cambio, llegó a la CS por vía de recurso de apelación ordinaria (art. 24, inc. 6º “a”, decreto-ley 1.285/58), interpuesto contra la decisión de la Cámara Nacional Federal que confirmó la sentencia del juez de primera instancia. La Cámara, al fundamentar su resolución aplicó también el criterio de la igualdad de rango y, consecuentemente, tuvo por válidas las normas internas que disponían en contrario de lo estipulado en el tratado [sentencia Cámara Nacional Federal, sala contencioso administrativo, “Esso S.A. Petrolera Argentina”, 1965, cit. (§10 del voto del juez Herrera al que adhieren los jueces Gabrielli y Beccar Varela)]. La CSJN convalidó la decisión del *a quo*.

⁹¹⁶ Sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§12).

⁹¹⁷ Sentencia CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§9º). Así también, sentencia Cámara Nacional del Trabajo, sala 2ª, “Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal”, 1968, cit. (considerandos párr. 4º del voto del juez Pettoruti al que adhiere el juez Goyena).

Por las precisiones anteriores el tribunal revocó la sentencia apelada.

— **Tercera etapa**

La **tercera** y última etapa (c) en la cual es posible dividir la jurisprudencia argentina en la materia comienza con el fallo de la Corte Suprema en el expediente “Ekmekdjian II” (1992) que ha sido objeto de un estudio más detallado *ut supra*⁹¹⁸.

Antes de tal precedente algunas afirmaciones de la Corte adelantaron el cambio de orientación en su doctrina⁹¹⁹. Y en la misma posición se encolumnaban algunos dictámenes de la PTN⁹²⁰.

En relación a la sentencia “Ekmekdjian II” cabe reconocer, como bien lo destacó la disidencia, que en dicha decisión –en términos precisos– «*no se enc[ontraba] en cuestión un conflicto entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y una ley nacional (por hipótesis, contraria a aquélla)*»⁹²¹. Sí existía, por otro lado, un incumplimiento por omisión del Estado argentino al no haber adoptado el congreso nacional las disposiciones para hacer efectivo el derecho a réplica, garantizado por el Pacto de San José. Por ello hubiera sido suficiente que la CS declarara tal infracción al ordenamiento nacido de aquella convención y, como ocurrió en el *sub examine*, su aplicación directa e inmediata, sin necesidad de expedirse acerca de los principios que rigen las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. No obstante, es pertinente su análisis dado que en tal resolución el tribunal expuso los elementos sobre los que basa su afirmación sobre la prevalencia de aquel último.

⁹¹⁸ Pasaje de esta investigación al que se remite en lo pertinente.

⁹¹⁹ Así por ejemplo, en el fallo “Barrancas de Belgrano”, en el cual se invocó el art. 8º, inc. 1º, del PSJCR (tutela judicial), la Corte, tras recordar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “Airey” (9 de octubre de 1979), resaltó que «*la aplicación de la doctrina reseñada al sub lite no autoriza a concluir que las leyes impugnadas resulten violatorias del art. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana toda vez que el apelante ni siquiera ha alegado que le fuera imposible, debido al excesivo monto del depósito, interponer el recurso de apelación previsto en la legislación cuestionada, de tal forma de impedir real y efectivamente el ejercicio de su derecho*» [sentencia CSJN “Barrancas de Belgrano”, 1989, cit. (§8º)].

⁹²⁰ Además de los asesoramientos ya mencionados al tratar la cuestión de la jerarquía de los AFS, ver dictámenes de la PTN, *Ministro de Cultura y Educación*, 1967, cit. (aparts. V.4, párrs. 2º y 3º y VI); *Iglesia de la Comunidad Metropolitana de Buenos Aires*, Nº 139/93, 6 de octubre de 1993 (Dictámenes 207:37; apart. IV.6, párrs. 1º, 3º y 7º y IX, párr. 9º, 11º y 12º).

⁹²¹ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§26, párr. 2º, del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O’ Connor, por esta razón los referidos ministros entendieron que no era «*necesario abordar el punto relativo a cuál de los dos ordenamientos prima sobre el otro*», si el interno o el internacional). Para Rabbi-Baldi, el principio de la aplicabilidad directa del Pacto (receptado por la sentencia) constituyó “una conclusión rigurosa, a la que, pienso, pudo haberse llegado sin necesidad de consagrar la primacía de los tratados sobre las leyes, ya que si aquéllos son ‘ley suprema de la Nación’, la única condición para su ejercicio es la existencia de ‘descripciones lo suficientemente concretas’ que hagan posible su aplicación” (RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen...”, cit., punto II.2.B).

Con carácter previo cabe recordar, como antes fue señalado, que la doctrina del fallo establece que la violación del derecho internacional por el derecho interno no se configura únicamente a través de la sanción o aplicación de normas del ordenamiento estatal que dispongan en contrario, sino también por la falta de elaboración de disposiciones que hagan posible la efectividad del sistema jurídico derivado de un tratado.

La Corte se basó en tres argumentos fundamentales a fin de crear *pretorianamente* el principio de la primacía de los tratados sobre las leyes del congreso⁹²² –y demás normas inferiores– sean anteriores o posteriores⁹²³, a los que luego la jurisprudencia que siguió se encargó de adicionar otros, tales como el principio de buena fe y el carácter contractual de los tratados.

En primer lugar, la calificación de los tratados como *actos* de carácter *complejo federal*⁹²⁴⁻⁹²⁵, es decir aquellos en cuya elaboración participan dos o más poderes de Estado (1)⁹²⁶. En el caso de los tratados esto ocurre con la negociación y firma por el poder ejecutivo, la aprobación por el poder legislativo y, finalmente, la ratificación y el depósito o el canje de los instrumentos respectivos por el ejecu-

⁹²² Repárese que la Corte había mantenido en los precedentes “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (1963) y “Esso c/Nación Argentina” (1968) que, a tenor de los arts. 31 y 100 de la constitución, no existía en el derecho argentino base normativa para sustentar algún grado de superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes sancionadas por el parlamento.

⁹²³ Anteriormente se destacó que la falta de reserva de la supremacía constitucional que surge del tenor literal del fallo “Ekmekdjian II”, fue prontamente acotada por la propia Corte limitando los alcances de la prevalencia del derecho internacional a las normas con rango de ley, dejando así a salvo las disposiciones de la constitución nacional que tienen la estatura suprema en el ordenamiento argentino frente a cualquier otra norma aplicable en el ámbito propio de la jurisdicción.

⁹²⁴ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§17 del voto de la mayoría: “*un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal*”); así también, sentencias CSJN “Servini de Cubría”, 1992, cit. (§§22, párr. 2º, del voto concurrente del juez Boggiano y 17, párr. 2º, del voto en disidencia del juez Barra, ambos con remisión *in re “Ekmekdjian II”*); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§23 del voto concurrente del juez Boggiano); “Priebke”, 1995, cit. (§§40 del voto concurrente de los jueces Nazareno y Moliné O’ Connor y 52 del voto concurrente del juez Bossert); “Frites”, 1995, cit. (§8º, párr. 1º, del voto en disidencia del juez Boggiano); “Méndez Valles”, 1996, cit. (§9º del voto de la mayoría, al que adhiere el voto concurrente del juez Vázquez); “Dotti”, 1998, cit. (§8º del voto de la mayoría).

⁹²⁵ La conceptualización de un tratado como un acto complejo, en atención a la intervención de los poderes ejecutivo y legislativo, ya había sido anticipada entre nosotros por BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, cit., pág. 287 (con cita de Diez y Rousseau); *del mismo autor*, “La incorporación...”, cit., pág. 1061; ver también, BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., pág. 171; CASSAGNE, Juan C., “El perfeccionamiento institucional...”, cit., págs. 10 y 15; DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, op. cit., pág. 517 (con cita de B. Campos); VANOSSI, Jorge R., “Régimen constitucional...”, cit., pág. 180. Por su parte, Sève de Gastón definía el proceso de celebración de los tratados como un “acto jurídico compuesto” (SÈVE DE GASTON, Alberto, op. cit., pág. 139).

⁹²⁶ Tal afirmación del tribunal, como antes se destacó, significa un cambio de postura respecto a lo que se expresara en el §12 de la sentencia “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit.

tivo. Tal razonamiento trae aparejado una consecuencia adicional. En efecto, una ley del congreso que transgreda un tratado previamente aprobado y ratificado, estaría dejando sin efecto –a nivel interno– un acto en cuya celebración han participado conjuntamente el ejecutivo y el legislativo; ergo, una situación como la indicada violentaría otro principio de rango constitucional como es el de división de los poderes⁹²⁷. Esto se limita a los tratados y acuerdos de los que participe el congreso pues sólo de esta manera intervendrán dos poderes del Estado⁹²⁸; por tal razón, este argumento no sería pertinente en cuestiones en las que lo invocado sea el derecho internacional consuetudinario. Dentro de la expresión “tratados” cabe incluir a las normas dictadas en su consecuencia cuando las mismas se deriven del ordenamiento creado por éste, puesto que la intervención parlamentaria ha tenido lugar al momento de la aprobación del convenio marco.

La doctrina del acto federal complejo ha sido receptada también por la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro⁹²⁹.

La segunda razón sobre la cual la mayoría del tribunal basó el atributo de la primacía de los tratados fue la disposición contenida en el art. 27 de la Convención de Viena I (2), a cuyo tenor “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁹³⁰. Dirá entonces la Corte que la ratificación de «[e]sta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no

⁹²⁷ Art. 1º de la constitución. Se ha hecho valer contra este argumento que si bien es el congreso el que sanciona la ley infractora, el poder ejecutivo también participa en el proceso a través de su promulgación, expresa o tácita, con lo cual presta su voluntad concurrente para la formación válida del acto; además tiene también a su alcance la posibilidad de vetar el proyecto de ley. En cuanto a lo primero, cabe responder que la intervención que la constitución guarda al poder ejecutivo en el mecanismo de celebración de los tratados es sustancialmente diferente a la que puede llegar a ejercitar ante una ley proyectada –originalmente– por el parlamento, con lo que ambas situaciones no resultan comparables. Respecto de lo segundo, basta recordar que el congreso siempre podrá “levantar” el veto presidencial insistiendo con el voto de los dos tercios de cada cámara (art. 83, constitución).

⁹²⁸ Para González los tratados, en los términos del art. 31 de la constitución, “no empiezan a formar parte de la ‘Ley suprema de la Nación’ sino cuando el Congreso los aprueba” (GONZÁLEZ, Joaquín V., op. cit., pág. 547).

⁹²⁹ Dictámenes de la PTN, *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, N° 77/98, cit. (apart. IV.1, párr. 2º); *Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, 2000, cit. (apart. II.8, párr. 3º); *Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, 8 de marzo de 2001 (Dictámenes 236:531); *Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, N° 9/03, cit. (apart. II.4, párr. 2º).

⁹³⁰ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§§18 y 19 del voto de la mayoría); igualmente sentencias CSJN “Servini de Cubría”, 1992, cit. (§§22, párr. 2º, del voto concurrente del juez Boggiano y 17, párr. 2º, del voto en disidencia del juez Barra); “Fibraca”, 1993, cit. (§3); “Hagelin”, 1993, cit. (§7º del voto de la mayoría); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§§9º, párr. 1º, del voto de la mayoría y 25 del voto concurrente del juez Boggiano); “Hoechst”, 1998, cit. (§4º del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor, Boggiano y López).

existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena»⁹³¹⁻⁹³², el cual «reglamenta válidamente las disposiciones constitucionales y completa su mencionada parquedad»⁹³³.

La cita de “Fallos 257:99 y 271:7”, como se advertirá, corresponde a los precedentes “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (1963) y “Esso c/Nación Argentina” (1968). Una lectura de estas dos resoluciones podría inclinar a pensar que la Corte al momento de afirmar en aquellas decisiones que los tratados y las leyes, según los arts. 31 y 100 de la constitución, «son igualmente calificados como “ley suprema de la Nación”, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno»⁹³⁴, tuvo en consideración “únicamente” las normas de la ley fundamental. No obstante, según lo interpreta la mayoría de la Corte en el caso “Ekmekdjian II”, ello no fue así, sino que, por el contrario, en ambas ocasiones el tribunal analizó la cuestión a la luz de “todo” el ordenamiento aplicable en el derecho argentino. En efecto, la diferencia con el asunto bajo examen radica en que aquella laguna o ausencia de disposiciones (que solucionen las incompatibilidades entre los órdenes jurídicos en juego, leyes y tratados) ha sido colmada recurriendo a una norma (ahora vigente) ubicada fuera de la constitución –no obstante, ser parte integrante del derecho nacional–, como lo es la Convención de Viena I. La cuestión que surge de inmediato, y que contradice esta hermenéutica histórico-jurídica, es que –a pesar de lo afirmado por la Corte en 1992– en los precedentes de 1963 y 1968 el tribunal solamente analizó el alcances de las normas contenidas en la constitución argentina, y no dirigió su búsqueda a otras fuentes normativas. Contrariamente a los que surge del fallo “Ekmekdjian II”, la Corte de aquellos precedentes no tuvo en cuenta la totalidad del sistema jurídico interno pues, de haberlo hecho, hubiera encontrado normas de similar contenido preceptivo que lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena I. En efecto, el art. 21 de la ley 48 no deja lugar a dudas al establecer que los jueces nacionales, lo cual incluye a la Corte Suprema, “en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando

⁹³¹ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§18, párr. 2º, del voto de la mayoría. El resaltado no es del original); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§9º, párr. 1º, del voto de la mayoría). Años antes, en 1988, el juez Bacqué había adelantado esta misma doctrina aunque no con referencia al art. 27 de la Convención de Viena I, sino –en un sentido más particular, en atención a las normas del caso– al art. 2º de la Convención contra la Tortura (aprobada por ley 23.338) en contraste con el régimen de la ley 23.521, sobre obediencia debida [sentencia CSJN “Raffo, José Antonio, Penna, Oscar Antonio y Kearney, Miguel s/tormentos”, 28.04.1988 (Fallos 311:600; considerando párrs. 2º y 3º del voto en disidencia del juez Bacqué)].

⁹³² Dicho razonamiento había sido anticipado en 1987, con idéntico tenor, por BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena...”, cit., pág. 195.

⁹³³ Sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§24 del voto concurrente del juez Boggiano).

⁹³⁴ Sentencias CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§6º. El destacado no figura en el original), y “Esso c/Nación Argentina”, 1968, cit. (§11).

la Constitución como ley suprema de la Nación, las *leyes* que haya sancionado o sancione el Congreso, los *Tratados* con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los *principios del derecho de gentes*, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento *en el orden de prelación que va establecido*⁹³⁵. No resulta ocioso destacar que la revisión del repertorio “*Fallos*” demuestra que la ley 48 es –por mucho– la norma más aplicada por el supremo tribunal⁹³⁶, por lo que difícilmente haya pasado desapercibida en los precedentes de 1963 y 1968, citados⁹³⁷.

La invocación de la Convención de Viena I, en este caso de su art. 27, tal como ya se mencionó deberá realizarse de conformidad, no sólo con su preámbulo y arts. 26, 31, 46, 53 y 64, sino también con los arts. 27 y 31 de la constitución nacional⁹³⁸.

Al estar consagrada dicha Convención a la temática de los tratados, quedará pendiente de resolución los supuestos que involucren al derecho consuetudinario (costumbre) y las leyes posteriores. Tal vez la vigencia de algunos de los restantes pilares de la jurisprudencia de la Corte ofrezca herramientas para la solución de tales extremos.

En tercer lugar, el fallo reparó en que la infracción de un tratado por acción u omisión pone en juego la **responsabilidad internacional del Estado**

⁹³⁵ Resaltado que se agrega.

⁹³⁶ El argumento que se podría oponer a ello es que, en el marco hermenéutico de los fallos de 1963 y 1968, la invocación del art. 21 hubiera sido inoficiosa toda vez que al ser los tratados alegados (con Brasil, 1940 y con Estados Unidos, 1943) posteriores a la ley 48, ésta hubiera resultado inaplicable. Sin embargo, desde el punto de vista lógico-jurídico, cabe hacer –al menos– un reparo: la aplicación del principio de temporalidad por la CS se justificó en virtud de su (previa) afirmación sobre la ausencia de normas que regularan los supuestos de incompatibilidades entre los tratados y las leyes, en consecuencia, de haberse tenido en cuenta el art. 21 y con ello salvada la “laguna” normativa, no se hubiera llegado a la regla de la *lex posteriori*.

⁹³⁷ Quedará siempre la duda sobre si, de haber estado vigente la Convención de Viena I en 1963, la Corte hubiera cambiado su parecer. La lectura global de ambos fallos, de 1963 y 1968, parecería inclinar la cuestión hacia el mismo resultado.

⁹³⁸ En el marco del asunto “Cafés La Virginia” el juez Boggiano, al definir los alcances del principio de primacía de los tratados internacionales en el ámbito del derecho argentino, recordó que aquél encuentra una barrera infranqueable, a saber los principios de los que da cuenta el art. 27 de la constitución. Por lo demás, continuó el ministro, el «*resguardo*» de estos principios «*también se hallaría asegurado por la propia Convención de Viena, en cuanto establece en su artículo 46 la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno*» (confr. Barberis, Julio “*La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*”, *Prudentia Iuris, XVII-XVIII, diciembre 1985-abril 1986*, págs. 192 y sigtes; *ibidem*, Verdross-Simma, “*Derecho Internacional Público*”, pág. 856)» [sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§25 de su voto concurrente; ver también en el mismo considerando, la interpretación del art. 53, en concordancia con el voto concurrente de los jueces Gabrielli y Guastavino en el precedente “Washington Cabrera” citado, y en el §26 la de los arts. 27 y 60 a 62, todos de la Convención de Viena I)].

argentino (3) por violación del derecho internacional. En tal sentido, abandonando su postura prescindente, señalada particularmente en la decisión “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (1963)⁹³⁹, la Corte dejó claramente establecido cual sería la función institucional que, en tanto cabeza de uno de los poderes del Estado, está llamada a cumplir. En efecto, la responsabilidad internacional de la República constituye una «*questión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente*»⁹⁴⁰. Con lo dicho en la última frase, el tribunal –además de reconocer la prevalencia del derecho internacional convencional sobre el interno– garantizó su intervención en todo expediente susceptible de generar la responsabilidad del Estado; ello así puesto que la invocación de una tal responsabilidad, al ser considerada –en principio– «*cuestión federal trascendente*»⁹⁴¹, da por observado uno de los requisitos necesarios para la apertura del recurso extraordinario⁹⁴².

Dentro de esta construcción toda acción u omisión capaz de ser enmarcada dentro del concepto de “caso judicial” y, a la vez, pasible de comprometer internacionalmente al país habilitaría la instancia de excepción ante el superior tribunal nacional⁹⁴³. De más está decir que el deber de prevenir o evitar la respon-

⁹³⁹ Sentencias CSJN “Martin & Cía. c/Nación Argentina” (II), 1963, cit. (§9º), y “Esso c/Nación Argentina”, 1968, cit. (§11).

⁹⁴⁰ Sentencia CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§19, párr. 2º, del voto de la mayoría); también, sentencias CSJN “Servini de Cubría”, 1992, cit. (§§22, párr. 2º, del voto concurrente del juez Boggiano y 17, párr. 2º, del voto en disidencia del juez Barra); “Fibraca”, 1993, cit. (§3º, párr. 2º); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§27 del voto concurrente del juez Boggiano); “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit. (§15 del voto concurrente de los jueces Boggiano y Bossert); “Villegas, Angel Ariel”, 1997, cit. (§11, párr. 2º, del voto en disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor, López y Vázquez); “Mercedes Benz”, 1999, cit. (§8º del voto de la mayoría); “Ralph, Nelson Eliseo s/extradición en causa ‘Jefe de Operaciones Dpto. Interpol s/captura’”, 19.10.00 (Fallos 323:3055; §3º); “Monzón, Daniela Anahí s/art. 10 ley 10.067”, 09.11.00 (Fallos 323:3637; §9º del voto en disidencia de los jueces Boggiano y Vázquez); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§10 del voto concurrente del juez Boggiano).

⁹⁴¹ Sentencia CSJN “Méndez Valles”, 1995, cit. (§6º del voto de la mayoría, al que adhiere el voto concurrente del juez Vázquez).

⁹⁴² Posteriormente la Corte amplió su doctrina, al considerar que la posibilidad de que el Estado pueda quedar sujeto a responsabilidad internacional constituye un supuesto de «*gravedad institucional*» [sentencias CSJN “Riopar”, 1996, cit. (§2º); “Monges”, 1996, cit. (§18 del voto de la mayoría); “Hoechst”, 1998, cit. (§4º del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor, Boggiano y López); “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación”, 1999, cit. (§18); “Nicolaides”, 2000, cit. (§3º del voto concurrente del juez Boggiano)].

⁹⁴³ En algunos supuestos muy particulares, ello podría significar –también– reconocer al poder ejecutivo, en tanto departamento encargado de conducir las relaciones exteriores de la Nación, legitimación procesal en hipótesis en las que, de común, carecería. En tales extremos la responsabilidad a la que daría lugar el incumplimiento de un tratado haría al ejecutivo «*titular de un agravio actual y concreto*» y le otorgaría la calidad de parte en el proceso [penal] cuando lo que se intenta es prevenir aquella responsabilidad [sentencia CSJN “Felicetti”, 2000, cit. (§§5º a 10 del voto en disidencia del juez Fayt, 5º del voto en disidencia del juez

sabilidad de carácter internacional del Estado argentino, que cabe a la Corte ejercitar, ha de ser llevado a cabo en el ámbito, y con los alcances propio de su esfera de actuación, sin que ello sea motivo para invadir la esfera de atribuciones privativas de los demás poderes de gobierno (art. 1º, constitución), aún cuando ello sea –en muchos casos– difícil de precisar⁹⁴⁴.

La evolución posterior de la doctrina de la Corte federal ha ido agregando otros fundamentos sobre los cuales apoyar el principio de la primacía del derecho internacional (en principio convencional) sobre la legislación interna de rango legislativo. Ello se explica en virtud de que las argumentaciones hasta ahora señaladas, en su consideración individual, no resultan –como se ha visto en alguna de ellas– autosuficientes para tal fin, o estuvieron orientadas en su etapa inicial sólo al ordenamiento externo de naturaleza contractual.

Precisamente, una de las postulaciones adicionales ha sido que los tratados presentan un **carácter esencialmente consensual, contractual (4)**, puesto que a su formación concurren las voluntades de dos o más sujetos de derecho internacional (Estados y Organizaciones Internacionales). Por ello, la invocación de una ley, que se presenta como un típico acto unilateral del Estado, adoptado –por lo general– en forma inconsulta con el resto de las partes, no tiene virtualidad normativa bastante para inaplicar o modificar los efectos de un tratado⁹⁴⁵. Cabe recordar que tal entendimiento estuvo presente en los primeros años de la jurisprudencia del tribunal, como se afirmó en el comentario a la sentencia registrada en *Fallos* 35:207 (“Dionisio Pietracaprina”, 1889). Al igual que en aquella oportunidad, la aplicación mayoritaria de este principio por la Corte Suprema ha tenido lugar en el ám-

Petracchi, 2º del voto en disidencia del juez Boggiano y 4º a 7º del voto en disidencia del juez Bossert; cfr. con los §§2º y 16 del voto de la mayoría y, por su remisión, apart. III a V del dictamen del procurador general)]. Tal entendimiento se explica puesto que cabe al órgano ejecutivo (en primer lugar) el cumplimiento de las obligaciones internacionales, además será ante dicho poder ante quien reclamarán las potencias extranjeras llegado el caso [sentencias CSJN “Jorge Rodríguez”, 1997, cit. (§19 del voto de la mayoría); “Compañía Azucarera Los Balcanes”, 2001, cit. (§6º del voto en disidencia del juez Boggiano); “Adidas Argentina”, 2002, cit. (considerandos párr. 2º del voto concurrente de los jueces Boggiano y López)].

⁹⁴⁴ Un claro ejemplo de lo señalado puede verse en el §12 del voto de la mayoría en el fallo CSJN “Felicetti” (2000, cit.; cf. también §16, párr. 2º), en el que se dejó plasmado que «*a la luz de lo afirmado no se configuran circunstancias objetivas que sean susceptibles de hacer incurrir al Estado en alguna responsabilidad de carácter internacional en mérito de la actuación del Poder Judicial en este caso, más allá de que el Congreso pudiera instaurar una instancia revisora diferente, tarea que no puede ser llevada a cabo por esta Corte en la medida en que la misión más delicada de la función jurisdiccional de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado (Fallos: 310:2709; 311:2553; 313:228; 314:1091 y 317:126) de modo de preservar el prestigio y eficacia de su misión de supremo custodio de las garantías reconocidas por la Constitución a todos los habitantes de la Nación*» (el destacado no es del original). Cfr. con la solución propuesta por la mayoría de la CS en el fallo “Ekmekdjian II” (ver *ut supra*).

⁹⁴⁵ Sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§26 del voto concurrente del juez Boggiano).

bito extradiccional⁹⁴⁶, aunque también ha sido utilizado en los casos de acuerdos que regulan otros sectores de la actividad internacional del Estado, en particular en aquellos regulados por acuerdos bilaterales.

La doctrina del alto tribunal también ha recurrido –con la misma finalidad– a **otras disposiciones de la Convención de Viena I (5)**, distintas del art. 27, como por ejemplo los arts. 26 (*pacta sunt servanda*)⁹⁴⁷ y 31 (*bona fide*)⁹⁴⁸. En particular este último, puesto que la buena fe constituye –por excelencia– la «*pauta de interpretación de los tratados*»⁹⁴⁹.

En el marco de la tantas veces citada causa “Cafés La Virginia” el juez Boggiano agregó dos precisiones adicionales en torno al principio de la primacía de los tratados; por una parte, a fin de rechazar uno de los fundamentos tenidos en cuenta por los precedentes de 1963 y 1968, negó que las leyes dictadas por el congreso puedan incluirse dentro del concepto “*leges*” al que se refiere el adagio latino que corporiza la regla de la *lex posteriori*, en virtud del carácter convencional de los tratados⁹⁵⁰. Por otro lado, dicho razonamiento –según el ministro– es

⁹⁴⁶ Sentencias CSJN “Medina Jaramillo, Samuel s/extradición”, 20.08.96 (Fallos 319:1464; §5º); “Carissi Landaburu, Sergio Javier; Betancourt Trama, Daniel Nicasí s/extradición”, 01.07.97 (Fallos 320:1257; §§5º y 7º); “Barrientos Antezana, Bismark s/extradición”, B.317.XXXIII, 17.03.98 (*sin publicar*; apart. III, párr. 6º, del dictamen del procurador general, al cual se remite la Corte en los §§1º y 4º); “Fabbrocino, Giovanni s/extradición”, 21.11.00 (Fallos 323:3749; §§ 7º y 2º, respectivamente, del voto concurrente de los jueces Nazareno y Vázquez); “Gómez Gómez, Alfredo; González, Sebastián Ignacio s/extradición”, 16.10.02 (Fallos 324:3484; apart. IV, párr. 3º, del dictamen del procurador general a cuyos fundamentos se remite la Corte).

⁹⁴⁷ Sentencia CSJN “Vera Maldonado, Juan Luis s/extradición”, 14.11.00 (Fallos 323:3680; dictamen del procurador general al que remite la Corte); “Gómez Gómez y otro”, 2002, cit. (apart. IV, párr. 4º, del dictamen del procurador general al que remite el voto de la mayoría).

⁹⁴⁸ Sentencias CSJN “Unilever”, 2000, cit. (§§14 a 16 del voto de la mayoría y 14 a 16 del voto concurrente del juez Vázquez); “Dr. Karl Thomae Gesellschaft”, 2001, cit. (§7º del voto en disidencia de los jueces Boggiano y López).

⁹⁴⁹ Sentencias CSJN “S., V. c/M., D. A.”, 2001, cit. (§§13 del voto concurrente de los jueces Moliné O’ Connor y López y 16 del voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§§7º del voto de la mayoría y 7º del voto concurrente de los jueces Belluscio y Bossert). En igual dirección consultar, sentencias CSJN “Ekmekdjian II”, 1992, cit. (§19, párr. 2º, del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O’ Connor); “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§§6º del voto de la mayoría y 14 del voto concurrente del juez Boggiano); “Priebke”, 1995, cit. (§§48 del voto concurrente de los jueces Nazareno y Moliné O’ Connor y 60 del voto concurrente del juez Bossert); “Medina Jaramillo”, 1996, cit. (§6º); “Pellicori”, 1997, cit. (§§5º, párr. 1º, del voto de la mayoría y 7º, párr. 4º, del voto concurrente del juez Petracchi); “Dotti”, 1998, cit. (§10 del voto de la mayoría); “Claudia Beatriz Acosta”, 1998, cit. (§13 del voto de la mayoría); “Mercedes Benz”, 1999, cit. (§7º del voto de la mayoría); “Felicetti”, 2000, cit. (§6º del voto de la mayoría); “New Zealand Rugby Football Union Inc. c/Ceballos, Aníbal Germán s/nulidad de marca. Daños y perjuicios”, 03.04.01 (Fallos 324:951; §13); “Pirelli”, 2001, cit. (§§6º del voto de la mayoría y 6º del voto concurrente del juez Bossert); “Autolatina”, 2002, cit. (§8º).

⁹⁵⁰ El juez Boggiano trajo en su apoyo la opinión de J. Jay (en “El Federalista”, comentario al art. VI de la constitución de los Estados Unidos, antecedente del art. 31 de la ley fundamental argentina), para quien resulta imposible desde el punto de vista jurídico que un acto (ley) del parlamento (unilateral) pueda tener efecto sobre una norma (tratado) que nace del acuerdo de voluntades entre dos o más Estados. Sin dudas,

susceptible de ser aplicado en el marco del ordenamiento jurídico nacional, lo cual se desprende, además de la economía de la constitución y del procedimiento de celebración de los tratados, de los antecedentes legislativos y doctrinarios de la carta política⁹⁵¹.

La declaración originaria acerca de la superioridad jerárquica que debe asegurarse a los tratados internacionales frente a las *leyes*, parecería comenzar a flexibilizarse según la tendencia que se observa en la doctrina del tribunal supremo, en especial a partir de la RCN 1994, de manera de incluir «*otras fuentes del derecho internacional*» en tanto y en cuanto impongan una obligación al Estado argentino cuyo incumplimiento sería susceptible de originar su responsabilidad internacional⁹⁵², por los actos y omisiones de cualquiera de los tres poderes de la Nación⁹⁵³.

Esta fundamentación de la cual se ha valido la Corte para mantener la aplicación prevalente de los acuerdos internacionales logró fiel adhesión por parte de los convencionales constituyente de 1994, quienes plasmaron el principio de su-

sostiene aquel autor, el congreso podrá modificar o derogar una ley que es obra de su propia creación, pero ello no se extiende a los tratados que han tenido su génesis a partir de un acto consensual que necesitó la intervención de más de un sujeto [sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§21 del voto concurrente del juez Boggiano)]. El pasaje con las palabras de J. Jay fueron utilizadas previamente por el juez Bacqué – con la misma finalidad– en su voto en disidencia (párr. 4º) expresado en la sentencia CSJN “Raffo”, 1988, cit.

⁹⁵¹ Entre los primeros, destacó la opinión del diputado Márromol quien en el debate de la Convención provincial *ad hoc* de 1860 –en la cual se autorizó al gobierno de Buenos Aires para su participación en la Convención Constituyente a los fines de su ingreso en la Confederación–, al momento de justificar la reserva contenida en la parte final del art. 31 de la constitución hoy vigente, señaló que ello era necesario en particular frente al tratado entre España y la Confederación sobre nacionalidad, pues en tal ámbito “el Congreso legislativo será impotente..., aun cuando pretendiese derogar con una ley la relativa a la ciudadanía, que ha sido elevada a la categoría de compromiso internacional, y como tal fuera ya de las disposiciones ulteriores de un cuerpo legislativo, pues los tratados públicos no se modifican o extinguen sino por el consentimiento de las partes contratantes, o por el cañón”. Entre los segundos, la cita correspondió a la obra de Juan Bautista Alberdi (“Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina”), que fuera antecedente inmediato de la constitución argentina de 1853 [sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§22 del voto concurrente del juez Boggiano); ésta fue la segunda mención del libro de Alberdi (cf. §10 del mismo voto)].

⁹⁵² Sentencias CSJN “Laboratorios Ricar S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/daños y perjuicios”, 23.11.1995 (Fallos 318:2311; §16 del voto en disidencia el juez Boggiano); “Medina Jaramillo”, 1996, cit. (§6º); “Meli”, 2000, cit. (§15 del voto en disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano); “Re, Ivo s/extradición”, 2000, cit. (Fallos 323:3356; §13 del voto en disidencia de los jueces Nazareno, Boggiano y López); además, dictamen del procurador general en la causa S.C.A.1391, L.XXXVIII, “Astiz”, 2002, cit. (apart. IX.D, párr. 2º). Cf. también los siguientes considerandos de las sentencias CSJN: §§8º a 10, y 13 a 15 del voto de la mayoría en “Bramajo” (1996, cit.); §20 del voto en disidencia del juez Boggiano en “Felicetti” (2000, cit.); 6º y 7º de la disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano en “Corbo, Carlos Fabián s/su solicitud” (06.11.01, Fallos 324:3788); y, apart. IV, párr. 10º, del dictamen del procurador general al que remite el voto de la mayoría, en “Caric Petrovic y otros c/Báez y otro” (2002, cit.).

⁹⁵³ Según De la Guardia, dentro del beneficio de la primacía dispuesto por el art. 75, inc. 22 (párr. primero), de la constitución quedan incluidos, además de los tratados, otras normas del derecho internacional, tales como las de carácter consuetudinario y los principios generales [DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional...” (II), cit., pág. 900, nota 38].

premacía de los tratados internacionales sobre las leyes, anteriores y posteriores. Por ello, en la actualidad aquel principio ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, a través del párrafo primero del inc. 22 del art. 75, y respecto de los tratados de integración y su derecho derivado, mediante la inclusión del inciso 24 del mismo artículo⁹⁵⁴.

La jurisprudencia subsiguiente de la Corte Suprema ha confirmado ampliamente el mentado principio⁹⁵⁵.

También la Procuración del Tesoro ha seguido la orientación defendida por la Corte Suprema, además de haberse apoyado en las cláusulas constitucionales pertinentes⁹⁵⁶.

En cuanto a los **efecto temporales** que tiene la regla de la prevalencia, ha de entenderse que ella siempre ha estado latente en el ordenamiento jurídico nacional, por lo cual cabe su aplicación a situación originadas aún antes de la sentencia “Ekmekdjian II”⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Para el juez Boggiano «*con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional)*» [sentencia CSJN “Casime”, 2001, cit. (§10 del su voto en disidencia); “Alianza Frente para la Unidad”, 2001, cit. (§8º del voto concurrente del mismo juez)].

⁹⁵⁵ Además de los casos ya citados en esta parte de la investigación, el reconocimiento del principio de primacía ha sido declarado, entre otras, en las siguientes sentencias CSJN: “Mangiante, Guillermo Eduardo c/AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora s/cobro de pesos”, 23.02.95 (Fallos 318:141; §§4º, 10 y 11); “Jorge Américo Arena”, 1995, cit. (§5º, párr. 1º, del voto en disidencia de los jueces Moliné O’ Connor y Boggiano); “Cereales Asunción S.R.L. c/Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/daños y perjuicios (incumplimiento del contrato)”, 29.09.98 (Fallos 321:2594; §15 del voto de la mayoría); “Gómez Díaz, Daniel s/detención preventiva con miras a su extradición”, 19.08.99 (Fallos 322:1558; apart. III, párrs. 6º, 7º y 12º, del dictamen del procurador general al cual remite la Corte); “Mario Alfredo Duhalde”, 1999, cit. (§15 del voto de la mayoría); “Gorriarán Merlo”, 1999, cit. (§4º); “D. de P. V., A.”, 1999, cit. (§§6º y 7º del voto de la mayoría); “recurso de hecho deducido por la actora en la causa Romero López, Marciana c/D’Auria”, 10.10.00 (Fallos 323:2898; §5º); “Gorostiza, Guillermo Jorge s/extradición – art. 54”, 15.05.01 (Fallos 324:1564; apart. IV, párrs. 5º a 7º del dictamen del procurador general al cual remite la Corte en el voto de la mayoría, y §§4º y 5º del voto concurrente de los jueces Fayt y Boggiano); “Linardi Martínez, Walter Javier s/extradición”, 30.05.01 (Fallos 324:1694; apart. VI, párrs. 1º y 2º, del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo); “Pfizer”, 2002, cit. (apart. V, párr. 6º, del dictamen del procurador general y §§6º del voto de la mayoría y 6º del voto concurrente del juez Boggiano); “Nastasi, Grace Jane E. c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, 16.10.02 (Fallos 325: pendiente de publicación; §6º del voto de la mayoría, al que adhiere el voto concurrente del juez Petracchi).

⁹⁵⁶ Dictámenes de la PTN, Nº 77/98, 1998, cit. (aparts. IV.1, párr. 4º y IV.2, párr. 4º); *Administración Federal de Ingresos Públicos*, Nº 208/99, cit. (apart. III.2); *Sindicatura General de la Nación*, 2000, cit. (apart. III.1, párr. 3º); *Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, Nº 71/02, expte. Nº 018983/01, 8 de abril de 2002 (Dictámenes 241:27; apart. V.1.3 a V.1.5, VI.1.3, párr. 6º, VII.d y VII).

⁹⁵⁷ Un ejemplo explícito de ello puede verse en el fallo “D. de P. V., A.”, llegado a conocimiento del tribunal supremo en virtud del RE interpuesto por la actora contra la decisión que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la madre a los fines de la impugnación de la paternidad matrimonial, en los términos del art. 259 CC reformado por la ley 23.264 (25.09.1985, citada). Al momento de analizar los tratados alegados por la recurrente, Pacto de San José de Costa Rica y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (vigentes para la Argentina a partir del 5 de septiembre de 1984 y

A pesar de la ausencia de previsión constitucional, que únicamente hace referencia a esta cuestión al tratar los convenios sobre derechos humanos con rango constitucional, la doctrina judicial de la Corte (en correcta aplicación de los principios de derecho internacional) reconoce la supremacía de los tratados en general sobre las normas legislativas siempre *«en las condiciones de su vigencia»*⁹⁵⁸, esto es en los términos en los cuales el Estado argentino ha dado su consentimiento en obligarse internacionalmente, debiendo tenerse en cuenta, por lo tanto, las restricciones y condiciones que puedan provenir de las reservas y declaraciones interpretativas depositadas en su momento por el poder ejecutivo. En efecto, tales institutos del derecho internacional, conjuntamente con el texto del tratado al cual se encuentran anexos, definen los alcances y términos en los que un Estado ha consentido en vincularse y quedar comprometido. Es en el contexto de éstos que el gobierno obliga al Estado en su conjunto en cuanto a la fiel observancia de las obligaciones impuestas por un convenio. Consentidas y aceptadas, según los requisitos que fije el propio tratado, o en su defecto la Convención de Viena I, las reservas, y en su caso las declaraciones interpretativas, demarcan con el mismo valor que el texto de aquél las obligaciones nacidas en cabeza del Estado parte, por lo que deben ser consideradas particularmente a la hora de aplicar dicho tratado.

En el marco de un expediente judicial la superioridad en grado de las normas internacionales sobre las disposiciones internas de rango legal e inferiores provoca, en los supuestos de incompatibilidad entre unas y otras, la **inaplicación** de estas últimas en beneficio de las primeras⁹⁵⁹. Ello no significa que la reglas jurídicas del derecho interno –de la estatura normativa indicada– queden deroga-

del 14 de agosto de 1985, respectivamente), el tribunal afirmó que tales normas internacionales «*obligaban internacionalmente al Estado Nacional y prevalecían sobre el derecho interno al tiempo de la promulgación de la ley 23.264*», lo cual «*significa que al tiempo de sanción de... [dicha] ley,..., los legisladores nacionales conocían los límites que imponían los tratados internacionales vigentes, en virtud de la preeminencia de la fuente convencional frente a la fuente interna (doctrina de Fallos 315: 1492 [1992])*» (sentencia CSJN “D. de P. V., A.”, 1999, cit.; §§6º y 7º del voto de la mayoría). En cuanto al fondo, la Corte –por mayoría– convalidó la constitucionalidad del art. 259 CC en tanto y en cuanto dicha disposición «*plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucionales*» (*ibidem*, §17 del voto citado).

⁹⁵⁸ Sentencias CSJN “Unilever”, 2000, cit. (§14 del voto de la mayoría y 14 del voto concurrente del juez Vázquez); “Dr. Karl Thomae Gesellschaft”, 2001, cit. (§7º del voto en disidencia de los jueces Boggiano y López); “Pfizer”, 2002, cit. (apart. V, párr. 6º, del dictamen del procurador general, y §§6º del voto de la mayoría y 6º del voto concurrente del juez Boggiano).

⁹⁵⁹ Así lo ha entendido el supremo tribunal nacional al considerar que la norma internacional “desplaza”, “descarta” o torna “inaplicable” las disposiciones internas incompatibles: cfs. sentencias CSJN “Méndez Valles”, 1995, cit. (§12º del voto de la mayoría, al que adhiere el voto concurrente del juez Vázquez); “Nicolaides”, 2000, cit. (§5º del voto concurrente del juez Boggiano); “Unilever”, 2000, cit. (§14 del voto concurrente del juez Vázquez); “Dr. Karl Thomae Gesellschaft”, 2001, cit. (§§7º y 15 del voto en disidencia de los jueces Boggiano y López); “Gómez Gómez y otro”, 2002, cit. (§2º).

das o afectadas en su aplicabilidad por contravenir una norma de jerarquía superior, sino que el juez deberá considerarlas como no existentes en el caso concreto, a fin de garantizar los plenos efectos de los tratados y de las disposiciones que de él se deriven⁹⁶⁰; aquellas permanecerán en vigor y serán aplicables en los supuestos no regulados por éstos. En otras palabras, en todas las hipótesis abarcadas por el acuerdo internacional, la legislación nacional se verá suspendida en su normatividad; en el resto de los casos su vigencia podrá ser plenamente acatada.

Distinta solución cabe cuando lo que se requiere específicamente es la *invalidad* o la *nulidad* absoluta de la legislación nacional por contravenir lo estipulado en un tratado. Ello ha ocurrido, por ejemplo, con relación a las leyes 23.492 (punto final) y 23.521 (obediencia debida)⁹⁶¹, derogadas luego por la ley 24.952⁹⁶². Tanto en primera⁹⁶³ como en segunda instancia⁹⁶⁴, ambas leyes han sido declaradas inconstitucionales y de nulidad insalvable por infringir distintas convenciones internacionales en materia de derechos humanos, algunas de las cuales gozan de la jerarquía privilegiada conferida por el art. 75, inc. 22 (párrafo segundo)⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ A pesar de lo dicho, en algunos expedientes judiciales se ha considerado –prescindiendo, tal vez, de la debida precisión terminológica– que la ley interna que infringe un tratado internacional, en tanto viola el art. 31 de la constitución, constituye «*un acto constitucionalmente inválido*» [sentencia CSJN “Cafés La Virginia”, 1994, cit. (§10, párr. 2º, del voto de la mayoría. El destacado fue agregado); ver también, sentencias CSJN “Hoechst”, 1998, cit. (§4º del voto de la mayoría); “Gorriarán Merlo”, 1999, cit. (§4º), y sentencia CNTrab., sala 10º, “Lizarraga, Juan E. c/Streitfeld, Jorge.”, 31.07.00 (LL 14.03.01, pág. 7)]. Por su parte, la PTN ha reconocido que el acto administrativo que sea contradictorio con un tratado, aún aquel producto del poder reglamentario de las administraciones locales, «*constituiría un acto administrativo ilegítimo por contener un vicio esencial en su causa y en su objeto, desde que fue dictado en violación a la ley aplicable (artículos 27, 31, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y la Convención de Viena de 1961)*» [Dictamen de la PTN, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Nº 71/02, cit. (aparts. VI.4, párr. 1º y VII.1 “m”)].

⁹⁶¹ Leyes 23.492, 23.12.1986 (BO 29.12.86) y 23.521, 04.06.1987 (BO 09.06.87).

⁹⁶² Ley 24.952, por la que se derogan las leyes 23.492, de punto final y 23.521, de obediencia debida, 25.03.98 (BO 17.04.98).

⁹⁶³ Cfs. sentencias Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 4, Capital Federal, “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”, causa Nº 8.686/2000, registro de la Secretaría Nº 7, 06.03.01 (*inédito*), y “Astiz Alfredo y otros s/delito de acción Pública”, causa Nº 7.694/99, 01.10.01 (*inédito*); y, Juzgado Federal de Resistencia, Chaco, “Verbitsky, Horacio – CELS s/Inconstitucionalidad de las leyes 23.521 y 23.492, en relación: Desaparición forzada de personas – torturas y homicidios agravados en hechos ocurridos en la localidad de Margarita Belén (Chaco el 13/12/1976)”, expte. 306/01, 06.03.03 (extraído del sitio: www.eldial.com - de 28 de marzo de 2003, Nº 1245).

⁹⁶⁴ Cfs. sentencias CNCrim. y Corr., sala 2ª, “Del Cerro, J. A. s/queja”, causa Nº 17.844, 09.11.01 (*inédito*); “Incidente de apelación de Simón, Julio”, causa Nº 17.889, 09.11.01 (*inédito*), e “Incidente de apelación en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación ilegal libertad personal”, causa Nº 19.580, 30.01.03 (extraído de “el diario judicial” <www.eldiariojudicial.com>, entrega del 30 de enero de 2003).

⁹⁶⁵ La sentencia dictada en el expediente “Alfredo Astiz”, citada, ratificada en segunda instancia, se encuentra apelada y pendiente de resolución ante la Corte Suprema, habiéndose expedido el procurador general por la confirmación de la invalidez y nulidad de ambas leyes [ver dictamen del procurador general en la causa S.C.A.1391, L.XXXVIII, “Astiz”, 2002, cit. (aparts. IX.C, párr. 2º, IX.E, párr. 1º, X, párr. 1º, y XI, párr. 1º)].

En la generalidad de los casos en que se plantea la incompatibilidad entre tratados y leyes lo que se solicita es la *inaplicación* de la norma interna, que al infringir disposiciones de rango superior, según las prescripciones contenidas en la propia carta magna, resulta viciada en su constitucionalidad. Ello no significa que los tratados y las normas derivadas se transformen en parámetros del control de constitucionalidad –pues no son parte del bloque respectivo⁹⁶⁶–, sino que la ley al prescribir en contra de lo estipulado en un acuerdo internacional viola, además de esta última norma (conflicto de legalidad), el principio constitucional de la prevalencia de los tratados sobre el derecho interno legislativo e inferior (conflicto de constitucionalidad)⁹⁶⁷.

Al hacer mención a las disposiciones de rango legislativo y subsiguientes en la escala jerárquica debe incluirse a toda la **legislación local** (constitución, leyes, actos administrativos, etc.), puesto que según lo establece el art. 31 de la constitución los tratados en tanto parte integrantes del derecho federal, y por lo mismo “ley suprema de la Nación”, obligan a todas las “autoridades de cada provincia..., no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”, con las salvedades establecidas –para Buenos Aires– por el párrafo final del artículo. Esta afirmación viene garantizada, además, por otras disposiciones constitucionales como los arts. 5º y 123.

La obligación de respetar y garantizar la vigencia del principio de prevalencia de los tratados internacionales, como lo explicita el art. 31 de la constitución, abarca a las “autoridades” locales sean que compongan el poder ejecutivo, el poder legislativo o el poder judicial. En este contexto resulta de particular importancia el rol de los órganos jurisdiccionales provinciales puesto que, si bien la última palabra la tendrá –llegado el caso– la CS a través del recurso extraordinario federal, cabe a la magistratura local su intervención en varios sectores regulados por tratados y acuerdos internacionales; piénsese, por ejemplo, los casos en los que se invocan normas de convenios en materia procesal internacional. En tal sentido, la Corte Suprema ha sido enfática al destacar que si bien es cierto «*que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y que, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes, [no lo es menos] que, tal ejercicio, resulta inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que*

⁹⁶⁶ Con la salvedad –según la CS– de los tratados del art. 75, inc. 22, párrafo segundo, de la constitución [sentencia CSJN “D. de P. V., A.”, 1999, cit. (§§8º y 17 del voto de la mayoría y 6º del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert)].

⁹⁶⁷ Constitución, art. 75, incs. 22, párrafo primero, y 24.

en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes»⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ Sentencia CSJN “Banco de La Pampa c/Bonazelli, Félix Guerino Antonio”, 30.05.01 (Fallos 324:1733; apart. III, párr. 6º, del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo. El resaltado no figura en el original); en idéntica dirección, sentencias CSJN “Artigue”, 1994, cit. (§§11 del voto de la mayoría y 10 del voto concurrente del juez Petracchi); “Viaña, Roberto s/habeas corpus en favor del ciudadano Pablo Calvetti”, 23.11.95 (Fallos 318:2348; §9º, párrs. 1º y 3º, del voto en disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi); “Dahlgren, Jorge Eric c/Cáceres, Raúl Edgardo y/o A.T.E.CH. s/querella”, 10.12.96 (Fallos 319:2925; §8º del voto de la mayoría); “Robles, Edison Héctor c/Vera, Mario Elbio s/jubilación”, 12.02.02 (Fallos 325:107; apart. IV, párr. 4º, del dictamen del procurador fiscal al que se remite la Corte).

Goldschmidt, en una orientación extrema, afirma que “[...]los tratados tampoco han de respetar los poderes reservados a las Provincias. Así p. ej. no cabe objeción alguna contra el Tratado de Montevideo sobre D. Procesal I. a pesar de pertenecer la facultad legislativa en materia procesal a las Provincias”, lo cual sustenta en base a los poderes implícitos del congreso de la Nación (hoy art. 75, inc. 32, constitución) y al ámbito de aplicación de los tratados que es más restringido respecto del asignado a las leyes (GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía...”, cit., págs. 110 a 111). Para Bidart Campos, por su parte, los Tratados de Montevideo en materia de derecho procesal se encuentran habilitados por la constitución en virtud de dos argumentaciones: en primer término, porque la personalidad internacional del Estado argentino la inviste exclusiva y excluyentemente el estado federal y, en segundo lugar, porque la constitución no enumera materias que estén excluidas de ser objeto de tratados (BIDART CAMPOS, Germán, “Reflexiones sobre la rigidez...”, cit., pág. 547 a 549).