

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

A&C

REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzo • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

40

Edição Especial

10 anos

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

| | | | | | |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|
| A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte | ano 10 | n. 40 | p. 1-336 | abr./jun. 2010 |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

| | |
|------|---|
| A246 | A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. |
| | Trimestral |
| | ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | ISSN 1516-3210 |
| | 1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 33.342 |

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina

Juan Carlos Cassagne

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Emérito de la UCA. Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la UBA. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano. Profesor Honorario de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirigió durante diez años la carrera de especialización en Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (de la cual fue Secretario y Vicepresidente), de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París. Ha sido Profesor visitante en las Universidades de París X, Autónoma de Madrid, Salamanca y San Pablo Ceu (Madrid). Profesor honorario de la Universidad de Nuestra Señora Mayor del Rosario de Bogotá, Colombia y de la Universidad Nacional de Cuyo de la Provincia de Mendoza (Argentina). Director de la Revista de Derecho Administrativo (LexisNexis) que se edita desde 1989, Consultor de la Revista La Ley y Secretario Académico de la Sección de Derecho Procesal Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autor de numerosos libros y publicaciones en su especialidad.

Resumen: Los tratados internacionales, como fuente del derecho, constituyen uno de los sectores más dinámicos en lo concerniente a las transformaciones que vienen aconteciendo en el campo del derecho público. Una de las principales dificultades del proceso de globalización es la discordancia que existe entre los diferentes sistemas constitucionales en punto a la jerarquía de los tratados y los mecanismos de incorporación del derecho internacional al derecho interno. La recepción de los tratados no opera en forma automática y resulta necesario seguir los procedimientos establecidos en las Constituciones de los diferentes Estados y/o las costumbres y criterios reconocidos por la jurisprudencia y sobre todo, realizar la interpretación en el marco del principio de coherencia funcional. En la Constitución argentina, tras la reforma de 1994, no obstante haberse establecido claramente el principio que afirma la prevalencia de los tratados sobre las leyes, la regulación Constitucional resulta compleja y ambigua a raíz de la jerarquía constitucional que el art. 75, inc. 22 de la C.N. atribuye a los tratados que se mencionan en dicha cláusula y los que se incorporen en el futuro a la Constitución, a través de un procedimiento que debe contar con mayorías especiales. La cláusula del art. 75, inc. 22, lejos de constituir un juicio de verificación sobre la compatibilidad de los tratados con la Constitución, prescribe una regla de interpretación tendiente a afirmar, en cualquier caso, la supremacía de la primera parte de la Constitución a la luz de los claros y terminantes preceptos en que ella se funda.

Palabras clave: Tratados internacionales. Jerarquía. Regulación. Constitución argentina.

* Dedico este trabajo a mi querido amigo y eximio jurista brasileño Romeu Felipe Bacellar Filho, en homenaje a su excelente obra científica y a su labor en pro de las relaciones latinoamericanas en el campo del derecho administrativo.

Sumario: 1 Los diferentes sistemas existentes en el derecho comparado acerca de la jerarquía de los tratados – 2 La jerarquía de los tratados de la Constitución argentina – 3 Condiciones de validez y aplicabilidad de los tratados de integración – 4 Incorporación de los tratados al derecho interno – 5 La supremacía de la Constitución y los conflictos que se susciten con los preceptos de los tratados constitucionales – 6 Conclusiones

1 Los diferentes sistemas existentes en el derecho comparado acerca de la jerarquía de los tratados

Los tratados, como fuente del derecho, constituyen uno de los sectores más dinámicos en lo concerniente a las transformaciones que vienen aconteciendo en el campo del derecho público. Las ideas predominantes, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, han ido afirmando, en muchos países, una corriente hacia la universalidad de los derechos y garantías de los ciudadanos de los Estados nacionales. Este movimiento, orientado en sus comienzos por la tendencia a la justicia universal y la protección de los derechos humanos, pronto abarcó los principios y reglas del comercio internacional. Para resguardar los respectivos núcleos de principios e intereses se crearon organizaciones internacionales, algunas de las cuales alcanzaron a constituir una comunidad o unión de naciones, como aconteció con la Unión Europea.¹ En forma paralela, comenzó a hablarse de una globalización o mundialización para encuadrar un fenómeno que, en realidad, es un proceso en marcha, complejo y no exento de contradicciones. El principal instrumento para concretar esa amalgama de relaciones disímiles ha sido — lato sensu — la figura del tratado internacional así como el derecho derivado de las instituciones creadas por esa fuente jurídica. Su máxima expresión se traduce en la configuración de un derecho comunitario, en el que se fusiona o integra una parte apreciable de la soberanía estatal. Otro reflejo de la globalización se encuentra en las organizaciones y actos que, como parte de un derecho administrativo internacional, de carácter regional ponen en marcha “los tratados públicos de integración económica”.²

Ahora bien, para poder alcanzar su plenitud, el proceso de globalización precisa superar una serie de dificultades. La principal es la

¹ Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo Colombiano*, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, México, 2004, p. 21-23, afirma que el proceso origina “un derecho administrativo internacional” “...no sólo en los asuntos económicos sino en muchos otros, como las comunicaciones, la información, las relaciones políticas, los derechos humanos, el derecho penal, etcétera” (Op. cit., p. 23).

² Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 1997, p. 3.

discordancia que existe entre los diferentes sistemas constitucionales en punto a la jerarquía de los tratados y los mecanismos de incorporación del derecho internacional al derecho interno. El verdadero debate no se plantea ya en torno a las formas puras del monismo o del dualismo sino en punto a la primacía de los tratados frente a las leyes y, en ciertos casos, si algunos de ellos tienen carácter supra-constitucional.

Una visión simple sobre lo que ha ocurrido parecería que el indicar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. Pero, a poco que se profundice el análisis del derecho comparado se descubre que, en algunos países, los tratados no poseen jerarquía constitucional, atribuyéndoles un valor equivalente a las leyes (vgr. Estados Unidos), tal como acontecía en Argentina antes de la década del noventa.

Con todo, no se puede desconocer que existe una tendencia constitucional favorable a prescribir que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, aunque los sistemas comparados difieran en punto a su jerarquía constitucional, sin que se haya alcanzado un consenso que permita sustentar un "jus cogens" en la materia.

En general, los sistemas pueden clasificarse en aquellos que asignan a los tratados: a) valor supra-constitucional; b) jerarquía constitucional; c) valor superior a las leyes y d) valor equivalente a las leyes.

a) Valor supra-constitucional

Como apunta Vargas Carreño este sistema no es frecuente y en Europa, sólo ha sido adoptado por la Constitución de los Países Bajos (art. 9, inc. 3), en la cual se admite que un tratado contenga estipulaciones que deroguen la Constitución o impongan la necesidad de derogarla, mediante una ley que exige mayorías especiales.³

b) Jerarquía constitucional

En el derecho constitucional comparado tampoco resulta frecuente, en general, que se atribuya jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Sin embargo, las Constituciones de algunos países latinoamericanos como Argentina (art. 75 inc. 22, 2ª parte) y Venezuela (art. 23) le asignan dicha jerarquía a determinados tratados de derechos humanos.

³ Véase: Vargas Carreño, Edmundo, *Derecho Internacional Público*. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 204-205.

A su vez, las Constituciones de Colombia (art. 93) y de España (art. 10.2) prescriben que los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos constituyen una pauta de interpretación de las normas constitucionales referidas a tales derechos, particularmente, a las libertades fundamentales.

c) Valor superior a las leyes

Si bien no puede afirmarse que constituya la tendencia general en el derecho internacional ni una suerte de “jus cogens”, lo cierto es que los países que han adherido a la tesis de la supremacía de los tratados sobre la legislación interna son numerosos, sobre todo aquellos que poseen Constituciones llamadas modernas, en Europa como las de Alemania (art. 25) y Francia (art. 55).

Similar rumbo constitucional se observa en varias Constituciones de América Latina: Costa Rica (art. 7), Ecuador (art. 183), El Salvador (art. 144), Paraguay (art. 137) y en nuestra Constitución, tras la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

d) Valor equivalente a las leyes

La equivalencia entre los tratados y las leyes existe desde los orígenes del derecho constitucional norteamericano que consagra dicho principio, dentro de la supremacía constitucional, un tratado.

En tal sentido, para la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (interpretando una cláusula semejante a nuestro art. 31 de la C.N.) un tratado tiene el mismo rango que una ley federal. En tal sentido sostuvo que:

“Por la Constitución, el tratado ha sido colocado en el mismo plano y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados por aquel instrumento como la ley suprema del país y no se da superior eficacia a uno respecto del otro, cuando los dos tratan en forma de dar efecto a ambos, si se puede lograr tal cosa sin hacer violencia al texto de ninguno; pero si son incompatibles, el de fecha posterior predominará sobre el otro, siempre que la estipulación del tratado en el tema sea susceptible de ejecutarse por sí sola”.⁴

⁴ In re *Whitney vs. Robertson*, 124 US 190, 194 (1888).

Como ha dicho Schwartz⁵ “entre los tratados y las leyes federales prevalece el de fecha posterior. Un tratado puede reemplazar o derogar una ley previa del Congreso⁶ y una ley del Congreso puede similarmente derogar o sustituir un tratado previo”⁷... “También puede darse el caso que se le de al tratado no la fuerza de una ley sino de una restricción constitucional”⁸.

En el escenario del derecho comparado, no faltan normas constitucionales que, en forma expresa, prescriban que un tratado internacional posee igual valor que la ley interna, tal como acontece en la Constitución de México (art. 133).

2 La jerarquía de los tratados de la Constitución argentina

Una de las principales innovaciones incorporadas al texto de la Constitución por la reforma de 1994 consistió en el establecimiento que prescribe que los tratados poseen una “jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 22 primera parte).

La recepción de dicha regla constitucional no parece contradecir frontalmente el texto del artículo 31 de la C.N. en cuanto afirma que la propia Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados son “ley suprema de la Nación”.

Pero si resulta contraria a la interpretación que venía haciendo la Corte Suprema hasta el caso “Ekmekdjian” del año 1992,⁹ a través del cual se operó una suerte de mutación en la interpretación constitucional existente, al apartarse del principio sostenido por la anterior jurisprudencia (en línea con la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica), en el sentido que los tratados se encontraban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación.

En efecto, nuestra Corte Suprema había sentado el principio según el cual “... entre las leyes y los tratados no existe prioridad de rango...” y que respecto de ambas clases de normas rige el principio que prescribe que las posteriores derogan a las anteriores.¹⁰

⁵ Schwartz, Bernard, *Constitutional Law*, 2ª ed., Macmillan Publishing Co. — New York y Colier Macmillan Publishing — London, 1979, p. 101.

⁶ Cook vs. United States 288 US 102 (1933).

⁷ The Cherokee Tobacco, 11 Wall 616, 621 US (1871).

⁸ Schwartz, Bernard, *Constitutional Law*, cit. p. 102.

⁹ Fallos: 315-1492.

¹⁰ “Martín y Cía. Ltda. S.A. v. Nación Argentina”, Fallos: 257:99 (1963); “Esso Petrolera Argentina v. Nación Argentina s/repetición”, Fallos: 271:7 (1968). Véase, asimismo, Diez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tº I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 475, y Godschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, cit., p. 188 y 200.

Con posterioridad, el Alto Tribunal modificó dicho criterio¹¹ al sostener la primacía de los tratados internacionales sobre la legislación interna del Estado, con fundamento en lo prescripto en el art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, aprobada por ley 19.865.

La reforma constitucional de 1994 ha seguido la línea jurisprudencial adoptada hasta ese momento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagrando el principio de la superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1º: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”).

Pero, además, con respecto a los denominados tratados de integración ha incorporado el principio de la supremacía de derecho comunitario (incluso el derivado) sobre el Derecho interno (excepto la Constitución) al prescribir que “las normas dictadas en su consecuencia ... [se refiere a los tratados] tienen jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 24).

A partir de la reforma constitucional la jerarquía de los tratados internacionales ha quedado diseñada, en forma fragmentaria, según la diferente materia y naturaleza de cada tratado. Como se puede apreciar seguidamente se trata de un esquema complejo,¹² con grandes incógnitas que abren paso a diferentes y contradictorias interpretaciones constitucionales.

El esquema establecido para regir esta materia por la reforma Constitucional de 1994 puede resumirse del siguiente modo:

a) **Tratados con jerarquía constitucional**

Dicha jerarquía constitucional también la pueden alcanzar otros tratados en el futuro siempre que se cumpla el procedimiento específico previsto en la Constitución (art. 75, inc. 22, in fine, CN); tal es lo que aconteció con la ley 24.820 que otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, (aprobada por ley 24.566), o el caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por ley 24.584), cuya jerarquía constitucional fue reconocida en la ley 25.778.

¹¹ “Fibrica Constructora SCA v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos: 316:1669 (1993) consid. 3º, criterio preanunciado en “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492 (1992), y en “Servini de Cubría, María Romilda s/amparo”, Fallos: 315:1943 (1992).

¹² Cfr. Barra, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 355.

b) Tratados o acuerdos ejecutivos sin jerarquía constitucional

Esta categoría comprende varias especies, a saber:

1. tratados generales u ordinarios que celebre el Ejecutivo y apruebe el Congreso, que resultan de rango superior a las leyes conforme a la regla antes señalada. Su aprobación no requiere mayorías especiales.
2. tratados de integración con países latinoamericanos. La aprobación de estos tratados requiere que sean aprobados por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara y el mismo criterio rige para su denuncia.
3. tratados de integración con otros Estados con similar procedimiento de voto para su aprobación pero desdoblado, a nuestro juicio inútilmente, su aprobación en dos fases (declarativa y constitutiva), estableciéndose un plazo mínimo de ciento veinte (120) días para el perfeccionamiento del acto declarativo.
4. acuerdos ejecutivos,¹³ celebrados por el Poder Ejecutivo o funcionarios del gobierno, que no requieren la aprobación del Congreso y que pertenecen a la competencia que tiene asignada el Presidente de la República a raíz de tener a su cargo la dirección de las relaciones internacionales. Tales acuerdos simplificados implican la realización de las "otras negociaciones" a que alude el inc. 11 del art. 99, CN, siendo un procedimiento comúnmente utilizado, en el plano internacional, por la mayor parte de los Estados.

3 Condiciones de validez y aplicabilidad de los tratados de integración

El efecto de la cláusula contenida en el art. 75, inc. 22, C.N., no es colocar al derecho de la integración (vgr. el contenido en el Tratado de Asunción) por encima del orden constitucional sino afirmar la primacía de los tratados de esa índole respecto de las leyes,¹⁴ siendo del caso recordar que este principio había sido ya establecido, antes de la reforma constitucional, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los

¹³ Vid: Bianchi, Alberto, Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional de 1994, La Ley, 1999-A-197; Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 401-403; Sola, Juan Vicente, Tratado de Derecho Constitucional, Tº IV, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 162 y ss.

¹⁴ Principio que se extiende a las leyes provinciales, aún sin reforma de las constituciones locales, como consecuencia de la supremacía de la Constitución Nacional que prescribe el art. 31.

casos “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros”,¹⁵ “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”¹⁶ y “Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica del Salto Grande”,¹⁷ antes citados.

En consecuencia, conforme al principio de primacía tanto el derecho originario como el derecho derivado que emanan de dichos tratados¹⁸ no pueden ser derogados por las leyes posteriores ni serles opuestas las leyes anteriores del Derecho interno de los países miembros.

Ello no implica sentar el principio de la supremacía de dichos tratados frente a la Constitución, cuya superior jerarquía se mantiene en el orden interno, aun en los sistemas comunitarios europeos que han mitigado el control de constitucionalidad por parte de los tribunales estatales. Pues, por más que la concepción de la soberanía se haya vaciado de gran parte de su contenido, lo cierto es que el Estado siempre la conserva, aunque restringida por la “cesión sistemática” de competencias a entidades supra-estatales, lo cual supone la transferencia tanto de la titularidad de la competencia como de su ejercicio. Cabe advertir, sin embargo que los Estados no han renunciado (ni podrían hacerlo) a la potestad que poseen para denunciar los tratados internacionales, asumiendo las responsabilidades consiguientes.

¹⁵ “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos, 315:1492 (1992), donde la Corte Suprema sostuvo que “...en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 14, Pacto de San José de Costa Rica, que, al ser aprobado por ley 23.054, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31, C.N.”, señalando que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados “confiere primacía al Derecho Internacional Convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del Derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del Derecho Internacional por el propio Derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento argentino... pues ya no es exacta la posición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento radica en el art. 27, Convención de Viena, según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Agregó el Tribunal que “la necesaria aplicación del art. 27, Convención de Viena, impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”.

¹⁶ “Servini de Cubría, María Romilda s/amparo”, Fallos: 315:1943 (1992). Del fallo del tribunal interesa destacar los votos de los jueces Barra y Boggiano que señalaron: “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado”. A tal fin, se apoyaron también (como en el caso “Ekmekdjian”, cit. en nota 22) en el principio consagrado en el art. 27, Convención de Viena.

¹⁷ “Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica de Salto Grande”, Fallos: 316:1669 (1993). En este caso, aparte del argumento basado en el art. 27, Convención de Viena, el Tribunal sostuvo que la aplicación del Acuerdo de Sede, que consagró la inmunidad del procedimiento de la Comisión, sus bienes, documentos y haberes en cualquier parte de la República, “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”.

¹⁸ Véase Freeland López Lecube, Alejandro, “Las fuentes del derecho comunitario”, LL 1993-B-766.

Ahora bien, para que esa “cesión sistemática” de competencias no entre en colisión con el ordenamiento constitucional precisa respetar los límites establecidos en la Constitución sin que ello obste a reconocer que, dentro de ésta, se opera el nacimiento de una nueva categoría constitucional, como es el derecho de la integración supra-estatal.

Esos límites pueden ser meramente temporales (nuestra Constitución no los ha fijado) o revestir carácter formal, como, vgr., el art. 75, inc. 24, 2ª parte, C.N., que consagra procedimientos para la aprobación de los tratados de integración que contengan cesiones de competencias y jurisdicción.

Sin duda, los que poseen mayor entidad jurídica son los límites materiales de dichos tratados de integración que, conforme al art. 75, inc. 24, C.N., tienen que celebrarse en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetar el orden democrático y los derechos humanos.

A) Reciprocidad e igualdad

La imposición de este límite constitucional para la cesión de competencias a las organizaciones supra-estatales registra antecedentes en una cláusula similar de la Constitución griega que prescribe que las limitaciones al ejercicio de la soberanía estatal resultan válidas “sobre la base del principio de igualdad y en condiciones de reciprocidad” (art. 28.3). Se ha dicho que las ideas de igualdad y reciprocidad no son sinónimas ya que mientras la primera hace referencia a la posición de los Estados “en el seno del ente supranacional como organización (aspecto estático) la reciprocidad, sin embargo, se conecta con el sometimiento de la eficacia de los actos y normas a la condición de que desplieguen también sus efectos en el resto de los Estados (aspecto dinámico)”¹⁹

No obstante, en el caso del Mercosur, si éste se transformase en el futuro en una comunidad o ente supranacional estos principios tendrían que amoldarse (a condición de reciprocidad en los demás Estados) a la nueva realidad comunitaria. Ello conducirá, probablemente, a que se interprete la cláusula constitucional con mayor flexibilidad para tornarla compatible con el funcionamiento efectivo de la organización que pueda constituirse, tal como aconteció en algunos países europeos en los que se ha entendido que se trata de una “igualdad ponderada”.

¹⁹ Cfr. Pérez Trempe, Pablo, Constitución española y Comunidad Europea, Civitas, Madrid, 1994, p. 107.

B) El orden democrático y los derechos humanos

En el derecho comunitario europeo la jurisprudencia ha señalado que tanto los valores del orden democrático²⁰ como los derechos fundamentales constituyen condiciones de validez constitucional de la integración comunitaria y es evidente que estos principios han sido recogidos por la Constitución reformada. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que componen el denominado “núcleo básico” de la Constitución, el cual se integra, además, con los derechos fundamentales reconocidos en el art. 14, CN, y con los principios no enumerados derivados de la forma republicana de gobierno (art. 33, CN).

Estas condiciones operan en dos direcciones ya que resultan exigibles tanto con respecto a las cláusulas del respectivo tratado de integración (derecho originario) como con relación al Derecho que fluye de las organizaciones supra-estatales (derecho derivado) o respecto de las normas jurídicas internas dictadas por los Estados en ejercicio de las facultades emergentes de un tratado de integración.

Si existiera una lesión constitucional que tuviera origen directo en el propio Tratado de integración, en el derecho derivado o en normas jurídicas dictadas en el orden interno de los Estados — y siempre que diera lugar a una controversia o caso —, los interesados podrían plantear la cuestión de constitucionalidad ante los jueces nacionales y llevar el planteo hasta la Corte Suprema de Justicia, por la vía de los recursos extraordinario u ordinario, en el caso (cfr.: arts. 116 y 117, C.N.; art. 14, ley 48y art. 24, inc. 6º, dec.-ley 1285/1958).

En tales supuestos la decisión del Alto Tribunal tendría por efecto la inaplicabilidad de la norma violatoria en el caso concreto.²¹

4 Incorporación de los tratados al derecho interno

Los tratados válidamente celebrados por el Ejecutivo, aprobados por el Congreso y luego ratificados por el Presidente (mediante su ratificación y canje) con las reservas que se hubieren formulado forman

²⁰ Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, p. 210 y ss.

²¹ Con relación al derecho comunitario, la postura señalada en el texto ha sido sustentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso “Solange” si bien, como puntualiza Barra, este Tribunal se autolimita a posteriori en una segunda decisión sobre el tema al declarar que no ejercerá la atribución de examinar la constitucionalidad si la Comunidad Europea garantiza esa protección efectiva de manera general (cfr. Barra, Rodolfo Carlos, “Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial [Reflexiones útiles de cara al Mercosur]”, ED 154-979).

parte del derecho interno sin necesidad de realizar acto formal alguno posterior para que se opere su incorporación a dicho ordenamiento.

En este punto, el debate entre el monismo y el dualismo ha quedado zanjado a favor del primero y en ello tuvo mucho que ver el régimen establecido en el tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 estatuye que ninguna norma del derecho interno puede justificar que los Estados firmantes de un tratado dejen de cumplir — por acción y omisión — las obligaciones contraídas al suscribirlo.

En el derecho constitucional argentino sostener que un tratado que fue aprobado por una ley requiere el dictado de otra ley a posteriori de su ratificación para incorporarse al derecho interno implica tanto como aceptar que un tratado no sea cumplido a través de la mera inacción del Ejecutivo o del Parlamento, Si un tratado internacional constituye — en virtud de su técnica de aprobación — un acto federal complejo,²² una tesis semejante resulta inadmisibles, aparte de no encontrar apoyatura jurídica en texto alguno de la Constitución.

5 La supremacía de la Constitución y los conflictos que se susciten con los preceptos de los tratados constitucionales

En nuestro ordenamiento el principio de supremacía de la Constitución no admite dudas en virtud de hallarse positivado en los preceptos contenidos en la Carta Magna, particularmente en los arts. 27 y 31 de la C.N. así como en sus fuentes históricas, doctrinarias y jurisprudenciales. Tampoco admite dudas en la doctrina y jurisprudencia peruanas.²³

Se trata de una técnica que procura a limitar el ejercicio indebido y abusivo del poder²⁴ por parte de los órganos estatales que integran el gobierno (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en el sentido clásico así como respecto de los nuevos órganos creados por la reforma constitucional de 1994 (Auditoría General de la Nación, Consejo de la Magistratura y Defensor del Pueblo). El principio de la supremacía indica que todos los órganos estatales, cualquiera fuera su condición jurídica, se encuentran sometidos a los mandatos constitucionales.

A diferencia de los sistemas constitucionales europeos del siglo XIX que afirmaron la soberanía del legislativo, nuestro sistema constitucional, que en este punto fue fiel al modelo norteamericano, consagró

²² In re "Ekmekdjian", Fallos, 315:1492 (considerando 17 del voto de la mayoría).

²³ Véase: Palomino Manchego, José, Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho, en Revista de Derecho y Ciencia Política, Universidad de San Marcos, vol. 65, Lima, 2008, p. 120 y ss.

²⁴ Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, T^o I, La Ley, 2^a ed., Buenos Aires, 2006, p. 242.

el principio de que la Constitución constituye la expresión máxima y cristalizada de la soberanía del pueblo,²⁵ la cual se concreta a través del ejercicio del poder constituyente, prevaleciendo sobre los actos y normas poderes constituidos, con la finalidad de contener y limitar el poder.

Y si bien, existen antecedentes del principio en el antiguo derecho español (las facultades de la Justicia de Aragón) y en el derecho inglés (Agreement of the people and Instrument of Government)²⁶ su fuente más inmediata se encuentra en el art. VI, párrafo segundo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo precepto el constituyente originario recogió en el art. 31 de la C.N. De otro modo, se conculcaría el art. 27 de la C.N. que prescribe la subordinación de los tratados a los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

El principio de supremacía también se desprende de otras prescripciones constitucionales, como los arts., 1º, 2º, 5º, 21, 22, 23, 29, 36, 43, 116, 121 y 123, entre otros,²⁷ de modo que puede decirse que es la base en la cual se asienta la arquitectura constitucional del sistema adoptado, que determina “la validez de las restantes normas jurídicas”.²⁸

Ahora bien, si la incorporación al texto de la Constitución de tratados internacionales de derechos humanos determina que éstos poseen jerarquía constitucional, a tenor de lo prescripto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución reformada en 1994, ello puede plantear conflictos interpretativos, cuando los preceptos de los tratados de derechos humanos colisionen con otros principios y derechos reconocidos en la Constitución. Y dicha colisión puede darse con los derechos establecidos en la primera parte de la misma, en atención a la cláusula constitucional que prescribe el principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales allí regulados.

Se ha creído encontrar la solución al conflicto interpretativo que pudiera suscitarse entre los tratados de derechos humanos y la primera parte de la Constitución mediante el simple recurso de afirmar que su inclusión en el texto constitucional importa una suerte de juicio constituyente. En tal sentido, se argumenta que de los constituyentes han verificado — al incorporarlos — que no se produce derogación alguna.

²⁵ Vid: Hamilton, Alexander, *El Federalista*, Cap. LSSVII, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 330.

²⁶ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tº III, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977-1988, p. 315.

²⁷ Barra, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., Tº I, p. 318-319.

²⁸ Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., Tº I, p. 243.

Tal es el criterio sustentado por la Corte en los casos “Monges”²⁹ y “Chocobar”,³⁰ cuya jurisprudencia, por las razones que seguidamente se apuntan, implica — en el mejor de los casos — una suerte de mutación constitucional³¹ o bien, una jurisprudencia contraria a la Constitución.³²

Porque la tendencia a proteger los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales — por más loable que fuera — no puede conducir a desconocer los otros derechos, también humanos y fundamentales³³ que se alojan en la primera parte de la Constitución.

En esa línea, la reforma Constitucional de 1994 ha sido clara y terminante al prescribir que los tratados de derechos humanos que se mencionan en el art. 75, inc. 22 de la C.N. “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, máxime cuando la modificación de la primera parte no se hallaba habilitada por la ley que declaró la necesidad de la reforma.³⁴

Interpretar que ello implica un juicio de comprobación (innecesario y que, por demás hubiera requerido mucho tiempo hacer dada la complejidad de preceptos en juego y las infinitas colisiones que podrían producirse) implica una postura dogmática,³⁵ que transforma un mandato constitucional preciso en una presunción en contra de los derechos y garantías que la cláusula constitucional busca proteger. Por lo demás, se trata de una interpretación que no encuentra apoyatura alguna en los debates de la Convención Constituyente de 1994.

Precisamente, la colisión se produjo en los fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”,³⁶ en los que Alto Tribunal, con las disidencias — en el primer

²⁹ Fallos: 319:3148

³⁰ Fallos: 319:3241

³¹ Muñoz Machado, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tº II, Iustel, Madrid, 2006, p. 454 y ss., observa que “Paradójicamente, el recurso a las mutaciones no formalizadas de las Constituciones escritas es mayor en la medida en que éstas sean más rígidas” (Op. cit., Tº II, p. 463).

³² Con referencia a lo resuelto por la Corte en el caso “Arancibia Clavel”, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en un dictamen suscripto por su Presidente Dr. Alberto Rodríguez Galán y por el Director del Instituto de Derecho Constitucional Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari, de fecha 7 de diciembre de 2004, aprobado por el Plenario en la sesión celebrada en la misma fecha, señaló que: El texto del art. 75 inc. 22 no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.

³³ Véase: Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, cit., Tº I, p. 56-57.

³⁴ Ley 24.309.

³⁵ Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, cit., Tº I, p. 279, anota, además, que la tesis contradice los argumentos desarrollados por la Corte Suprema en el caso “Fayt”.

³⁶ Fallos, 327:3312 (2004) y 328:2056 (2005) respectivamente.

caso — de los jueces Beluscio y Fayt, y del último en el segundo, colocó al sistema de protección de los derechos humanos por encima de las garantías y derechos que se encuentran en la primera parte de la C.N. (en particular los principios de legalidad y irretroactividad en materia penal, consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución).

Porque si los derechos de los tratados (conforme al art. 75, inc. 22 C.N.) son complementarios de “los derechos y garantías por ella reconocidos” (es decir, no se oponen) y si los tratados deben estar “en conformidad con los principios de derecho público” de la Constitución (art. 27 C.N.) no hay otra manera de interpretar ese conjunto de cláusulas constitucionales que no sea la que resulta de armonizar los tratados con los preceptos constitucionales y, en caso de que ello resulte imposible, afirmar la primacía de las garantías y derechos fundamentales³⁷ de la primera parte de la Constitución.

La doctrina de la Corte, que surge de los precedentes antes señalados ha sido resumida en los siguientes términos:

- La servidumbre del derecho constitucional en beneficio del derecho internacional de los derechos humanos.
- La aplicación de la costumbre como fuerte de derecho internacional penal y la relativización del “*nullum crimen sine lege*”.
- La aplicación retroactiva del derecho internacional imperativo o “*ius cogens*”.³⁸

Dicha concepción, establecida de una manera dogmática, traspasa los límites del llamado principio de coherencia funcional que, en las relaciones del derecho internacional con el derecho interno “impide reconocer el vaciamiento pleno de uno de dichas órdenes en beneficio del otro”,³⁹ debiendo prevalecer, en cualquier caso, el principio funcional “*pro homine et libertatis*”,⁴⁰ cuya funcionalidad se proyecta a todos los planos de la interpretación jurídica.

³⁷ En sentido similar: García Belsunce, Horacio A., *Los tratados internacionales de derecho humanos y la Constitución Nacional*, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, p. 5 y ss; al respecto, en un trabajo anterior, hemos dicho que “la fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada”, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa” (Marcial Pons, Buenos Aires – Madrid, 2009, p. 129-130).

³⁸ Aguiar, Asdrúbal, *La coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado. Reconstrucción teórica y análisis comparado de la jurisprudencia argentina y venezolana sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis-Nexis, 2007, año 19, Buenos Aires, 2007, p. 59.

³⁹ Cfr. Aguiar, Asdrúbal, *La coherencia funcional...*, cit., p. 66.

⁴⁰ Op. cit., 22.

Aparte de las críticas que se deslizan en la disidencia del Juez Fayt — que compartimos — y de otras que ha formulado la doctrina especializada, interesa puntualizar la vinculada con la necesidad de no extender las figuras penales más allá de los límites precisos que establecen las normas y criterios internacionales⁴¹ ni tampoco admitir que el tribunal se encuentre obligado a restringir las garantías de la defensa en juicio por “los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos” (como señaló la Corte en el caso “Espósito”).⁴²

6 Conclusiones

Como se ha señalado, las fórmulas constitucionales que imperan en los distintos Estados no siguen estrictamente (en toda su pureza) al monismo ni al sistema dualista, si bien se encuentran más cerca del primero. Dichos sistemas han quedado relegados al campo teórico, doctrinario y hoy día se acepta, en general, la validez y aplicabilidad del derecho internacional en el plano del derecho interno de los Estados.

Con todo, esa recepción no opera en forma automática y resulta necesario seguir los procedimientos establecidos en las Constituciones de los diferentes Estados y/o las costumbres y criterios reconocidos por la jurisprudencia y sobre todo, realizar la interpretación en el marco del principio de coherencia funcional.

En el nuevo escenario internacional una cuestión asume gran trascendencia. Es la relativa a la jerarquía que cabe atribuir a los tratados internacionales respecto de las leyes la cual, como se ha señalado, no presenta aún un grado de consenso y uniformidad, medianamente aceptable en el plano internacional.

En nuestra Constitución, tras la reforma de 1994, no obstante haberse establecido claramente el principio que afirma la prevalencia de los tratados sobre las leyes, la regulación Constitucional resulta compleja y ambigua⁴³ a raíz de la jerarquía constitucional que el art. 75, inc. 22 de la C.N. atribuye a los tratados que se mencionan en dicha cláusula y los que se incorporen en el futuro a la Constitución, a través de un procedimiento que debe contar con mayorías especiales.

⁴¹ Respecto de los elementos que caracterizan los delitos de lesa humanidad, véase: Sola, Juan Vicente, *Tratado ...*, cit., Tº IV, p. 438.

⁴² Aguiar, Asdrúbal, *La coherencia funcional...*, cit., p. 56.

⁴³ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...* cit., Tº II, p. 221.

Es evidente que ello implica, por una parte, aunque sólo en el ámbito de dichas competencias, la mutación del carácter rígido de la Constitución,⁴⁴ el cual aparecería debilitado por la posibilidad que tiene el Congreso de aprobar nuevos tratados de derechos humanos e incorporarlos a la Constitución, como efectivamente ha ocurrido a “posteriori” de la reforma constitucional de 1994.

Por otro lado, frente a una posible colisión entre las normas y principios de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución y las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la misma, el mandato constitucional que opera como regla interpretativa conduce a que, de cara a la imposibilidad de armonizar o completar los derechos reconocidos en los tratados y en la primera parte de la Constitución, prevalezcan estos últimos en virtud de la supremacía constitucional y el hecho de tratarse, en definitiva, también de derechos humanos fundamentales.

Como bien se ha dicho los tratados internacionales no pueden contrariar el orden público interno⁴⁵ conformado por los principios de derecho público a que hace referencia el art. 27 C.N. ni tampoco pueden conculcar la supremacía constitucional que se desprende de dicho precepto y del art. 31 C.N., regla que reitera el art. 75 inc. 22 de la Constitución.⁴⁶

Obsérvese, que la Constitución lejos de establecer la primacía de los tratados de derechos humanos sobre los derechos y garantías de su primera parte, consagra la regla contraria y no cabe presumir que el silencio del constituyente implica el reconocimiento de una regla semejante y abra el camino a una mutación constitucional de esa envergadura, una suerte de “desconstitucionalización”,⁴⁷ máxime cuando su efecto consiste en colocar a la costumbre internacional por encima del principio de legalidad en materia penal.⁴⁸

⁴⁴ Sagües, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tº I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 271 y Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., Tº II, p. 228.

⁴⁵ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 321-322.

⁴⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional...*, cit. p. 321-322 sostienen que la jerarquía constitucional de los tratados no se identifica con el principio de supremacía, el cual se relaciona con la soberanía estatal que — agregamos nosotros — no ha sido cedida por el constituyente, al menos en lo que concierne a los derechos y garantías que prescribe la primera parte de la Constitución.

⁴⁷ Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, Tº I, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 141-148 y ss; recuerda que se trata de un supuesto en que “la mutación constitucional implica ya una incongruencia total entre la norma escrita y la realidad, un divorcio entre Constitución escrita y práctica constitucional” (Op. cit., p. 141).

⁴⁸ Véase: Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de fecha 25 de agosto de 2005, con motivo de la doctrina sustentada por la Corte en los casos “Espósito” y “Simón”.

Precisamente, la cláusula del art. 75, inc. 22, lejos de constituir un juicio de verificación sobre la compatibilidad de los tratados con la Constitución, prescribe una regla de interpretación tendiente a afirmar, en cualquier caso, la supremacía de la primera parte de la Constitución a la luz de los claros y terminantes preceptos en que ella se funda. El principio de inderogabilidad de los derechos y principios fundamentales establecidos en la primera parte de la Constitución (particularmente del principio de legalidad en materia penal) no puede ser soslayado por interpretaciones extra-constitucionales que desconozcan la prevalencia de los derechos humanos fundamentales tutelados por la Constitución y reconocidos en las convenciones internacionales, por más buena intención que persiga la interpretación y las características de los delitos imputados. Abrigamos la esperanza de que, en el futuro, prevalezca el principio de coherencia funcional que exige respetar los derechos fundamentales de naturaleza "pro homine et libertatis" reconocidos en la primera parte de la Constitución, sin vaciar su contenido y efectos jurídicos.

Hierarchy and Regulation of the Treaties on the Argentine Constitution

Abstract: International treaties, as a source of law, constitute one of the most dynamic sectors in regard to the changes that are happening in the field of public law. One of the major challenges of the globalization process is the discrepancy that exists between the different constitutional systems about the hierarchy of treaties and mechanisms for incorporating international law into domestic law. The reception of treaties does not operate automatically and it is necessary to follow the procedures laid down in the Constitutions of the various States and/or customs and criteria recognized by the law and above all, make the interpretation under the principle of functional coherence. In the Argentine Constitution, after the 1994 reform, although it has clearly established the principle that affirms the prevalence of treaties on the laws, this constitutional regulation is complex and ambiguous due to the constitutional hierarchy that the art. 75, inc. 22 of the C.N. attributed to the treaties mentioned in that clause and to those which will be incorporated to the Constitution in the future, through a procedure that should have special majorities. The clause of art. 75, inc. 22, far from being a trial check on the compatibility of treaties with the Constitution, prescribes a rule of interpretation that allows to affirm, in any case, the supremacy of the first part of the Constitution under the clear and strict provisions in which it is based.

Key words: International treaties. Hierarchy. Regulation. Argentine Constitution.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

Recebido em: 03.05.10

Aprovado em: 25.05.10