

Título: El Tratado Internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino

Autor: Legarre, Santiago

Publicado en: LA LEY 1996-A, 1009

Cita Online: AR/DOC/18060/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. -- II. El caso. -- III. La curiosa situación del inciso perdido. -- IV. ¿Aplicación de la ley o del tratado?. -- V. Publicidad y obligatoriedad de las normas internacionales convencionales. -- VI. "En las condiciones de su vigencia" (Artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional). -- VII. Conclusión.

I. Introducción

¿Cuál es la relación entre un tratado internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino? (2) He aquí la cuestión que me propongo indagar en este trabajo, a raíz de una situación particular verificada en nuestro sistema jurídico, que guarda a su vez relación con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Comenzaré con el análisis del caso, pues él nos conducirá a la situación que a su vez dará pie a un desarrollo teórico.

II. El caso

Se trata de la causa "Vega Villanueva, Marina y otro s/ querrela causa 52.326" (la sentencia de la Corte es del 22 de diciembre de 1994), que fue originada con ocasión de los siguientes hechos. Elbrous Bassiev, de nacionalidad rusa, otorgó poder en su doble calidad de particular damnificado y de apoderado de la empresa extranjera "Sovintervod", a dos abogadas argentinas para querellar por estafa, defraudación y asociación ilícita a los responsables de varias sociedades.

Por haber presentado el nombrado documentos que prima facie acreditaban su calidad de apoderado de la mencionada empresa, se tuvo por parte querellante a las letradas, en el doble carácter de representantes de la empresa y de Bassiev.

Uno de los imputados, Nikolay Grichenko, alegó ser el actual director de Sovintervod y sostuvo que el poder dado al nombrado Bassiev había sido revocado. Con fundamento en ello, interpuso las excepciones de falta de personería y de falta de acción. Para justificar su carácter de director presentó una escritura pública de revocación de poder celebrada en Buenos Aires y una traducción de la resolución supuestamente tomada en la reunión del Consejo Administrativo de Sovintervod --en Moscú-- por la que se desacreditaba al querellante Bassiev y se le revocaba el poder. Ambos documentos iban acompañados de una nota de la sección consular de la embajada de la Unión Soviética (URSS) en la Argentina que certificaba la firma de Grichenko "quien permanece en el país como director general de la empresa soviética"(3).

El juez de primera instancia hizo lugar a las excepciones presentadas por Grichenko. En lo referente a la falta de personería, le reconoció a éste la facultad de otorgar poderes y, por ende, de revocarlos. El magistrado consideró esto "el núcleo de la cuestión" ya que Grichenko, a criterio del juez, había aportado la documentación por la cual se revocaba el poder de Bassiev. Como consecuencia de ello, el juez concluyó que "el andamiaje construido para instar y ejercer la acción penal oportunamente otorgado a los querellantes ha sido dejado sin efecto por el representante genuino de la empresa soviética"(4), y desestimó las impugnaciones formales de la querrela.

La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia. Resolvió, respecto del tema de la excepción de falta de acción y con remisión parcial a lo decidido en primera instancia, que "la relación de dependencia que Bassiev tenía con la empresa querrelada le imponía la obligación de cumplir con las directivas de sus superiores jerárquicos, por lo cual los hechos denunciados no constituían delito alguno, sin perjuicio de las acciones laborales que le pudieran corresponder"(5).

Contra el pronunciamiento de la Cámara, la letrada apoderada interpuso recurso extraordinario, el cual, denegado, motivó su recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La recurrente sostuvo, entre otros argumentos, que al reconocer la Cámara la representación invocada por Grichenko sobre la base de un certificado del cónsul ruso en la Argentina y de un acta de directorio fechada en Moscú, habría infringido las reglas sobre legalización de documentos extranjeros contenidas en el Reglamento Consular (aprobado por el dec. 8714/63 (Adla, XXIIIC, 1844) y sus modificaciones).

El Alto Tribunal resolvió, por el voto de siete de sus miembros, no hacer lugar al recurso de queja por no cumplir el extraordinario con el requisito de fundamentación autónoma.

Por su parte, los jueces Petracchi y Boggiano disintieron en forma conjunta. En su voto sostuvieron que la Cámara hizo una errónea interpretación de las normas federales en juego por otorgar validez probatoria decisiva al acta de directorio y al certificado consular, sobre la base de los cuales concluyó que el imputado Grichenko era el representante de la empresa rusa Sovintervod.

Las aludidas normas federales son los arts. 223 y 227 del Reglamento Consular. La primera de las disposiciones citadas establecía, en su versión original: "Los funcionarios consulares son los autorizados para autenticar las firmas en aquellos documentos que deban surtir efecto en la República. Deberán tener en cuenta, a esos fines, que nuestra legislación consagra el principio de derecho que las formas y solemnidades de los instrumentos públicos se rigen por las leyes del país que los otorga". El art. 3 del dec. 332 (Adla, XLIXB, 1430) (B.O. 17/4/89) agregó a la norma transcrita que los funcionarios consulares eran los autorizados para efectuar las autenticaciones, "(...) salvo las disposiciones de la Convención de la Haya de 1961 sobre Supresión de Legalización de Documentos Públicos y Anexo ratificado por la ley 23.458 (Adla, XLVII-A, 87) y vigente desde el 18 de febrero de 1988 (...)". En tanto, el art. 227 dispone: "En ningún caso la autenticación de firma podrá ser suplida por el agente diplomático o consular acreditado en la República por la nación de que el documento emane".

A juicio de los doctores Petracchi y Boggiano, "la Cámara ignoró la prohibición contenida en el art. 227 y omitió aplicar el art. 223 del Reglamento Consular que exigía la legalización ante el cónsul argentino de los documentos extranjeros que eventualmente acreditasen la calidad de Grichenko para que pudiesen surtir efecto en la República"(6). Tampoco tuvo en cuenta adecuadamente las normas mencionadas, a fin de efectuar una correcta valoración de la resolución del Consejo Administrativo de Sovintervod, supuestamente oriunda de Moscú, en orden a tener por cierta la representación invocada por quien se opuso a la querrela.

A continuación, la disidencia examinó "a cuál solución se arribaría si se aplicara en autos la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, aprobada por ley 23.458, que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros y a la que se remite el art. 223 del Reglamento Consular". Para ello comenzó por señalar que "la citada Convención se halla en vigor desde el 24 de enero de 1965, y entre Argentina y los demás estados contratantes, desde el 18 de febrero de 1988 (conf. art. 12, inc. 3°, de la Convención de La Haya de 1961). En cambio, entre la Federación Rusa y los demás estados contratantes --incluido nuestro país-- el tratado entró en vigencia recién el 31 de mayo de 1992, es decir, con posterioridad a la fecha de agregación al expediente de los documentos en cuestión"(7). De todas maneras, consideró que de autos surgía claramente que aquéllos tampoco satisfacían las exigencias mínimas previstas en la convención citada.

En consecuencia, el voto disidente consideró que "no se ajusta a derecho la decisión de Cámara en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de personería, lo cual debe llevar a su invalidación en este punto. Tal solución hace perder, asimismo, todo sustento a la resolución apelada en lo que se refiere a la excepción de falta de acción"(8).

III. La curiosa situación del inciso perdido

Hemos visto que para la solución del caso judicial reseñado en el acápite anterior era necesario precisar el momento en que la convención había comenzado a regir. Pero es esta necesidad la que nos conduce de la mano

al descubrimiento de una situación realmente curiosa. La entrada en vigor de la convención está reglada en sus arts. 11 y sigtes. El art. 11 establece que la norma entrará en vigencia a los sesenta días de ser depositado el tercer instrumento de ratificación. En el art. 10 se aclara que el mecanismo de ratificación consiste en el depósito del instrumento correspondiente ante el Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos. El segundo párrafo del art. 11 agrega que, para cada Estado signatario que la ratifique, la convención entrará en vigencia con posterioridad a los sesenta días de ser depositado el respectivo instrumento de ratificación. Estas normas resuelven la situación de los Estados representados en la sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado que elaboró el texto.

El art. 12, en cambio, permite a otros Estados adherir a la convención después de su entrada en vigencia (cfr. lo explicado supra), también mediante el depósito del instrumento correspondiente. La adhesión sólo tendrá efecto para las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hayan presentado objeción al respecto dentro de los seis meses subsiguientes al recibo de una notificación por parte del Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos (cf. el inc. 2°, art. 12).

Hasta aquí me he guiado por el texto contenido en la ley 23.458, que aprobó la convención a la que, con posterioridad, adheriría nuestro país. Pero, así las cosas, ni siquiera mediante una lectura detenida de la norma parece posible determinar el momento en el que el tratado comenzó a regir para un país que, como el nuestro, adhirió mediante el procedimiento previsto en el art. 12. Y esta determinación, reitero, es relevante para saber si el tratado era aplicable al caso sub-examine a la fecha en la que fueron agregados al expediente el certificado consular y el acta de directorio sobre cuya base el juez de primera instancia había considerado que el imputado Grichenko era el representante de la empresa rusa Sovintevod. ¿No sería razonable que, más allá de las particularidades de este caso, el problema genérico referente a la vigencia en este tipo de supuestos de adhesión (cf. art. 12 cit.) estuviera resuelto con claridad por la propia convención?

Ciertamente, en el voto mencionado se dijo: "Cabe señalar que la citada convención se halla en vigor desde el 24 de enero de 1965, y entre Argentina y los demás Estados contratantes, desde el 18 de febrero de 1988 (conf. art. 12, inc. 3°, Convención de La Haya de 1961)" (del consid. 9° del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano). Ocurre, no obstante, algo notable: ese inc. 3° que, al decir de la cita de la Corte, resuelve el problema, y lo torna irreal, no existe en el texto de la convención que "en traducción oficial al idioma español forma parte de la presente ley" (cf. art. 1° in fine de la ley 23.458). Entonces, ¿qué citó la Corte? ¿Hay acaso algún otro texto? Efectivamente, hay otro texto, y esto es, más que un descubrimiento, algo bastante elemental. La propia ley aprobatoria se refiere a la "... Convención ... cuyo texto original en idiomas inglés y francés [...] consta de quince arts. ..." (cf. art. cit.). Luego, además de la versión argentina, por así llamar a la traducción oficial aludida, también existe un original, firmado en La Haya, en dos versiones, inglesa y francesa. Y éste sí tiene un inc. 3° en el art. 12, que resuelve el problema de la entrada en vigor para los países adherentes, que no estuvieron representados en la Conferencia de La Haya. La norma establece que el Tratado entrará en vigencia entre el Estado adherente y los que no hayan presentado objeciones contra la adhesión, en el sexagésimo día después de transcurrido el plazo de seis meses antes aludido (cf. el inc. 2° del art. 12, que sí integra el texto incluido en la ley aprobatoria). Haciendo un cálculo de acuerdo con esta regla es cómo la Corte pudo concluir que "... entre Argentina y los demás Estados contratantes [la Convención se halla en vigor], desde el 18 de febrero de 1988" (cf. supra).

En efecto, de acuerdo con la documentación oriunda de La Haya, que amablemente me suministrara la División de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la República Argentina adhirió a la Convención el 8 de mayo de 1987 y la notificación de la adhesión a los Estados contratantes tuvo lugar el 20 de junio del mismo año. A partir de esa fecha comenzó a correr el plazo de seis meses a que hace referencia el inc. 2° del art. 12 de la Convención, que venció el 20 de diciembre de 1987. A su vez, este momento es el punto de partida para el cómputo de los sesenta días a los que alude el inc. 3° del art. mencionado, que forma parte del texto original. Ergo, a la luz de esta norma la convención entró en vigor entre la Argentina y los Estados contratantes el 18 de febrero de 1988, tal como lo señaló la Corte.

Pero la determinación de la aplicación de la Convención al caso exige algo más, en razón de su peculiar contenido. Al tratarse de una promesa de reconocimiento de eficacia de actos jurídicos otorgados en el extranjero por funcionarios de un determinado país, es necesario también que el tratado se halle en vigor en dicho país; en el sub-lite, ese Estado es la Federación Rusa. Y ella, o mejor dicho su antecesor, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, tampoco había ratificado ni adherido a la Convención antes de que ésta entrara en vigor "entre la Argentina y los demás Estados contratantes". No era, por entonces, "Estado contratante". La pregunta relevante, no obstante, es: ¿lo era acaso al agregarse al expediente los documentos cuestionados, es decir, en los meses de diciembre de 1991 y febrero de 1992? La Corte responde: "... entre la Federación Rusa y los demás Estados contratantes --incluido nuestro país-- el tratado entró en vigencia recién el 31 de mayo de 1992, es decir con posterioridad a la fecha de agregación al expediente de los documentos en cuestión" (del consid. 9° citado). Nuevamente, aunque esta vez no se lo cita, se ha utilizado la directiva del inc. 3° del novedoso art. 12 de la Convención. En efecto, la Federación Rusa adhirió el 4 de setiembre de 1991, adhesión que fue notificada a los Estados contratantes el 20 de setiembre de ese año. A partir de esa fecha comenzó a correr el plazo previsto en el inc. 2° del art. 12, que culminó, sin que la República Argentina hubiere objetado, el 1° de abril de 1992. Y desde entonces deben computarse los sesenta días establecidos por el inc. 3° del art. 12, transcurridos los cuales la Convención entró a regir entre estos dos países. Lo cual nos sitúa en la fecha mencionada por la Corte, esto es, el 31 de mayo de 1992.

Es decir que, en ambos supuestos a los que me he referido, el tribunal aplicó el inciso extraviado: una norma de la convención que no figura en la ley que la aprobó. He aquí la ocasión de una serie de posibles interrogantes que giran en torno de la relación entre un tratado internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino.

IV. ¿Aplicación de la ley o del tratado?

Cuando se trata de invocar normas convencionales de derecho internacional la terminología utilizada por los operadores jurídicos⁽⁹⁾ en el país es variada y puede conducir al desconcierto. No es raro que se afirme, por ejemplo: "por aplicación de la ley 23.054 (Adla, XLIV-B, 1250) (Pacto de San José de Costa Rica) ..."; o: "con sustento en lo dispuesto por el Tratado de Extradición con Brasil (ley 17.272 --Adla, XXVII-A, 284--) ..."; o: "debe tenerse en cuenta lo reglado por la Convención ratificada por la ley 23.458". En el seno de la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1994 se habría propuesto, en un borrador del actual art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, incluir al costado de cada Tratado y Declaración a los que se asignaría rango constitucional, el número de la ley aprobatoria correspondiente entre paréntesis ⁽¹⁰⁾. Las expresiones públicas del Presidente de la República, a propósito de los conflictos con el Brasil sobre el cupo de importación de autos, permiten también apreciar matices expresivos relevantes: "Podemos negociar posiciones, pero en su esencia, por lo menos para la Argentina, el protocolo de Ouro Preto es inmutable, pues ya es una ley de la Nación, ratificada por el Parlamento"⁽¹¹⁾.

En el plano internacional, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 admite, es verdad, cierto pluralismo terminológico (cfr. el art. 2, 1, b). Pero quizás el disímil vocabulario que surge de un análisis del lenguaje, que muchas veces se emplea indistintamente, manifiesta las oscuridades conceptuales que todavía acosan el tratamiento del tema de la relación entre un tratado internacional y su ley aprobatoria en la Argentina.

El primer ejemplo --"por aplicación de la ley 23.054 (Pacto de San José de Costa Rica) ..."-- podría dar a entender que el juez que eventualmente suscribiera esas palabras estaría aplicando una ley del Congreso de la Nación. Implícitamente, esta postura asume que la ley (derecho interno) que aprueba el tratado lo incorpora al derecho (interno) argentino. También asume, quizás, que el único derecho que deben aplicar los jueces argentinos es el derecho interno. O, dicho de otra manera, que el derecho argentino no está integrado de modo inmediato por el derecho internacional público.

Comparto la idea de que esta argumentación es poco razonable ⁽¹²⁾. Cuando una ley aprueba un tratado todavía no ratificado en sede internacional, el tratado no está vigente en cuanto tal, es decir, no genera obligaciones entre las partes, lo cual es de la esencia de los acuerdos entre sujetos de derecho. No tiene sentido,

por tanto, distinguir una vigencia interna del tratado, previa a su ratificación, de una vigencia internacional, para afirmar que nos hallamos frente a un supuesto en que existe la primera mas no la segunda (13). El tratado está vigente o no; genera obligaciones o no las genera.

Otra cosa sería afirmar que esa ley aprobatoria no incorpora el tratado qua tratado al derecho interno --ya vimos que ello carece de sentido-- sino que adopta los contenidos del acuerdo y les asigna fuerza legal obligatoria en el territorio de la Nación. Esta tesis queda a salvo de la objeción anterior pues no postula la incorporación del tratado en cuanto tratado. Pero tampoco es razonable en el contexto del proceso complejo de elaboración de un tratado pues despoja de sentido a la etapa posterior de la ratificación. Además, esta interpretación fundiría dos competencias que la Constitución Nacional otorga al Congreso de la Nación separadamente, reduciéndolas a una sola. En efecto, corresponde al Congreso, por un lado, "legislar" (cf. inc. 1, art. 75) y "dictar los Códigos" (cf. inc. 12, art. cit.); y por otro, "aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede" (inc. 22, art. cit). Tratados y concordatos que, por lo demás, tienen "jerarquía superior a las leyes" (inc. cit.). Es decir que --he aquí un nuevo argumento-- mal podría considerárselos leyes a la luz de la propia Constitución (14).

Más bien, la ley que aprueba un tratado forma parte de un mecanismo complejo en el que intervienen los órganos Ejecutivo y Legislativo del Estado Federal, como acertadamente se ha dicho (15). Este mecanismo conduce en definitiva a la expresión de la voluntad de obligarse frente a otro u otros sujetos del derecho internacional. En nuestro sistema constitucional la mera sanción de una ley aprobatoria carece, en principio, de eficacia al respecto, pues no entraña una comunicación a la contraparte de la promesa. En la práctica esa comunicación la realiza el Poder Ejecutivo mediante la ratificación del acuerdo y el depósito o intercambio del instrumento ratificado en sede internacional. Esta práctica, si bien no está avalada --según mi opinión-- por una clara y expresa competencia constitucional, es razonable a la luz de lo dispuesto por el inc. 11 del art. 99 de la Constitución, en concordancia con los arts. 27 y 99, inc. 15. Además, responde a un principio rector de la ciencia política, según el cual el Poder Ejecutivo es el gestor de las relaciones exteriores de la federación (16).

Sin embargo, desde otra perspectiva argumentativa, se podría sostener lo siguiente. Es verdad que no es la ley aprobatoria la que engendra al tratado, sino aquélla más la ratificación internacional a cargo del Poder Ejecutivo. Pero el tratado, recién nacido, no integraría, según esta perspectiva, el derecho (interno) argentino y, por tanto, los jueces de nuestro país no podrían aplicarlo. Para que ello fuera posible debería mediar la existencia de un nuevo acto (interno), posterior a la ratificación, que incorporase el tratado vigente en el orden internacional, al derecho interno. Esa norma será, por hipótesis, una nueva ley. A esta interpretación de nuestro derecho constitucional se la ha dado en llamar muchas veces "dualismo" (17). Generalmente va acompañada de la afirmación de la posibilidad de la derogación del tratado incorporado al derecho interno por una ley posterior, en cuyo caso el tratado derogado no sería aplicable; aunque subsistiría la responsabilidad internacional argentina. Subyace a esta construcción la idea de que los tratados internacionales obligan per se, solamente a los órganos del derecho internacional: sus sujetos, sus tribunales, etc. (18). Según ella, para que el tratado proyecte su fuerza obligacional sobre los habitantes de la Nación y sobre sus jueces, debe mediar --insisto-- una previa novación, producida por una norma de derecho interno, que lo incorpore al ordenamiento jurídico vigente en el Estado. Por eso esta teoría supone un deslinde tajante entre derecho interno y derecho internacional (19).

Respecto de ella cabe hacer notar, en primer lugar, que no se compadece con la práctica usual, pues el Congreso no acostumbra incorporar los tratados ya aprobados y ratificados mediante una nueva ley (20). Segundo, hay que reconocer que la interpretación dualista de la Constitución Nacional no es incompatible con su texto, pues éste no indica expresamente la fuerza normativa de un tratado aprobado y ratificado ni prohíbe que el Congreso lo incorpore legislativamente (21). Tercero, la consecuencia de que los "tratados incorporados" comparten con las leyes de la Nación igual jerarquía no se sigue necesariamente del dualismo de fuentes, aun cuando generalmente lo acompañe, según expresé (22). Ello es así, pues bien podría postularse que la norma que incorpora el tratado al derecho interno, al operar la novación, le asigna una determinada jerarquía, eventualmente distinta --superior o inferior-- de la que corresponde a las leyes. Así, desde una perspectiva

dualista, se interpretaría, por ejemplo, que la Constitución Nacional ha incorporado ciertos tratados y declaraciones de derechos humanos con jerarquía, no sólo superior a las leyes, sino incluso constitucional (cf. el texto del nuevo art. 75, inc. 22). También desde esta lectura puede entenderse que la incorporación de esos tratados "en las condiciones de su vigencia" (art. cit.) significa en las condiciones de su vigencia interna, pues para el dualismo hay dos vigencias, como se vio, una interna y otra internacional. Y que la condición de que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" hace a la vigencia interna de esos acuerdos, que, por lo tanto, deben ser aplicados por los tribunales argentinos en esas condiciones (23).

Ahora bien, retomando el hilo de la exposición, señalo, en cuarto término, que a pesar de las observaciones antecedentes, la interpretación dualista de la Constitución no me parece satisfactoria. En efecto, al seccionar el ordenamiento jurídico del modo en que lo hace, debilita la eficacia de los compromisos internacionales llegando casi a desnaturalizarlos, pues el "tratado incorporado" es sustancialmente una ley interna más. Para comprender los alcances del desacierto e ir dando paso, por contraste, a otra posibilidad interpretativa, conviene distinguir según el contenido obligacional de esos compromisos. Los hay, típicamente tradicionales, que vinculan a dos o más potencias en relación a prestaciones que se cumplen mediante la acción de sus órganos públicos (por ejemplo, acuerdos de cooperación, préstamos internacionales, etc.). En estos casos, la tesis dualista no ofrece diferencias con la tradicionalmente llamada "monista" a la que me referiré seguidamente. En efecto, ambas reconocen la responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado y la aplicación directa por los tribunales argentinos es, en principio, irrelevante pues las cuestiones eventualmente disputadas se plantearían en foros y ante tribunales internacionales. Aunque a raíz del incumplimiento podrían plantearse acciones ejecutivas ante nuestros tribunales (v. gr. embargos de propiedad extranjera) y en ese caso la distinción dualismo-monismo renacería. Para el dualismo, un tribunal nacional sólo podría hacer valer, ejecución mediante, el acuerdo, si fue incorporado por una ley posterior a la ratificación. Aunque, cabe reconocerlo, estamos ante un supuesto poco probable dadas las escasas posibilidades de que se arribara a una solución eficaz oriunda de estrados judiciales locales.

Hay --sin pretender agotar distinciones posibles-- otros tratados mediante los cuales las partes regulan conductas con virtualidades internacionales, que suelen configurar casos multinacionales, judiciales o extrajudiciales. El contenido obligacional de estos acuerdos es un orden normativo. Un ejemplo, entre muchos (24), es el de la convención sobre la "apostille", que dio pie a este trabajo. En estos supuestos, la pretensión dualista de supeditar la entrada en vigor en el derecho interno del contenido de los acuerdos, a un acto interno posterior a la entrada en vigencia internacional conduce a una postergación innecesaria e irrazonable de la eficacia del tratado ante los tribunales nacionales que son los principales, cuando no únicos, destinatarios jurisdiccionales del orden normativo acordado (a diferencia, como se vio, de lo que ocurriría con tratados de otro tipo).

¿Cuál es, entonces, una interpretación mejor que la dualista de los alcances de la intervención del Congreso en el procedimiento de formación de un tratado? Como órgano que inviste por excelencia la representación popular, de acuerdo con las teorías más tradicionales, su participación tiende a asegurar que no pasen a integrar el Derecho argentino acuerdos que eventualmente no cuenten con su beneplácito político. Está en juego, también, otro principio medular del régimen republicano: La división de "poderes" (rectius: funciones). Así, al aprobar un tratado, el Congreso da su asentimiento para que el Poder Ejecutivo, que inició las negociaciones pertinentes, exprese la voluntad de la República, como sujeto de derecho, de obligarse frente a otro u otros sujetos. La aprobación es, entonces, una autorización para que el Poder Ejecutivo "concluya y firme" (cf. inc. 11° del art. 99; rectius: ratifique) la negociación ya iniciada. Por ello se ha afirmado con acierto que la ley aprobatoria no tiene sustancia de ley (25). Es ley, y puede llamársela así, sólo en un sentido analógico y secundario, en cuanto que reviste algunos de los caracteres propios de una ley en sentido fuerte (sanción por el Congreso, lleva un número correlativo con el de las demás leyes, etc.). Pero carece del principal atributo de una ley que es el de ser un mandato razonable de la autoridad a la sociedad en vistas al bien común (26). No es un

mandato autorizativo sino una autorización para acordar.

Desde este punto de vista, que probablemente sería caratulado como "monista", mediante la ratificación se produce la inmediata incorporación del contenido del acuerdo internacional al universo jurídico que rige para los habitantes de la Nación y sus jueces. No hace falta un nuevo acto interno. Si hubiera alguno --v. gr: la publicación del tratado (27)-- sería tan sólo una referencia a aquél, pero no produciría su incorporación. Es decir, el acuerdo integra el Derecho argentino en virtud de su ratificación y depósito o canje de los instrumentos pertinentes, en las condiciones de su vigencia; y su aplicación no constituye, por tanto, una opción para los órganos del Estado argentino(28).

Sin embargo, la doctrina que se enrola, por diversas razones, en el monismo, enseña bien que el hecho de que un tratado vigente integre automáticamente el derecho argentino no implica que aquél sea automáticamente obligatorio y aplicable por los tribunales argentinos. Remito breviter causa a la distinción entre cláusulas operativas y programáticas en los tratados internacionales. Esta distinción constituye una herramienta idónea para aventar razonables preocupaciones del dualismo tendientes a evitar posibles excesos en la aplicación de cierto tipo de tratados.

¿Cómo se relaciona la interpretación monista de la Constitución con la relación jerárquica entre los tratados y otras normas del ordenamiento jurídico? No trataré exhaustivamente esta cuestión aquí. Tan solo quisiera señalar que el monismo de fuentes no necesariamente va acompañado de la tesis de la supremacía del tratado sobre las leyes; y que, a pesar de ello, la reciente reforma constitucional, al establecer que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" (cf. art. 75, inc. 22° cit.) ha entrañado una indudable toma de posición, que legalizó --en sentido estricto: le dio rango de ley; más aún, de ley suprema-- lo que la Corte ya había plasmado en su jurisprudencia (29).

En conclusión, cuando un juez aplica un tratado internacional está otorgando eficacia ante sí a un acuerdo entre sujetos de derecho internacional, y no a una ley de la Nación. Por ello, no resultan adecuadas expresiones como: "...por aplicación de la ley 23.054 (Pacto de San José de Costa Rica) ...", pues no reflejan bien los conceptos a los que aluden.

Por similares razones, tampoco es precisa la referencia al "Tratado de Extradición con Brasil (ley 17.252)", excepto que se interprete que alude al tratado aprobado por esa norma.

La alusión a "la Convención ratificada por la ley 23.458" tampoco es apropiada, pues oscurece la relevancia decisiva que tiene el acto mediante el cual se expresa la voluntad vinculatoria, que corresponde, como se desprende de la práctica argentina (cfr. supra), al Poder Ejecutivo. Además, en un plano terminológico, el uso de la palabra "ratificación" en relación al Congreso puede conducir a la confusión real de interpretar que es ese órgano quien, mediante la ley, culmina el acuerdo y le brinda eficacia. Pero ya se dijo que esta interpretación no es razonable en el derecho argentino. Por eso los dichos del Presidente de la República ("...por lo menos para la Argentina, el protocolo de Ouro Preto es inmutable, pues ya es una ley de la Nación, ratificada por el Parlamento ...") son pasibles de parejo reproche. El tratado es, sí, ley de la Nación --en un sentido amplio: integra el derecho argentino--, pero no (solamente) por haber sido "ratificado" (rectius: aprobado) por el Congreso, sino porque ha atravesado por las distintas etapas que la Constitución prevé para la manifestación de la voluntad de la Argentina, que generará consecuencias obligacionales a tenor de su contenido. Etapas que concluyen con la expresión de dicha voluntad frente a la o las otras partes en sede internacional.

Lo de la "inmutabilidad" referida en la cita transcripta es harina de otro costal y excede los propósitos de este trabajo. Pero cabe insinuar, al menos, que no hay una total inmutabilidad en relación a los tratados(30). Menos aún respecto de las leyes en sentido propio: Son pasibles de derogación --dejando a salvo, en principio, los "derechos adquiridos"-- y de ser declaradas inconstitucionales.

En consecuencia, pareciera que la terminología que mejor se adapta a la realidad argentina es la que últimamente ha usado la Corte, al menos a partir del caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (La Ley, 1992-C, 543) Allí

se hizo prolijamente alusión al "... Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984" (del consid. 2° del voto de la mayoría, integrado por los jueces Boggiano, Fayt, Nazareno, Cavagna Martínez y Barra). Con pareja precisión, el voto disidente de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor afirmó, del Pacto mencionado, que "... se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 ..." (del consid. 13).

La referencia a la vigencia, en los votos transcritos, me habilita para incorporar al debate una nueva cuestión que había omitido deliberadamente. Mi argumentación hasta aquí conduciría de la mano a la consecuencia de que la ratificación y el depósito o intercambio de instrumentos, en ambos casos por parte del Ejecutivo, implican la vigencia del acuerdo en el Derecho argentino. Pero ello no siempre es así. Muchas veces las partes condicionan la entrada en vigencia al transcurso de algún plazo o al cumplimiento de una serie de requisitos ("condiciones", en la terminología contractual del derecho civil). Al analizar el caso "Vega Villanueva" hemos tenido oportunidad de ver un buen ejemplo con la Convención sobre la "apostille" (confr. supra, acápite III). Sólo las partes pueden condicionar la vigencia; no la ley aprobatoria que unilateralmente sanciona el Congreso al intervenir en el procedimiento que culmina con la expresión de la voluntad del país. Cuando se da aquella hipótesis, ratificación y depósito no implican vigencia, pues al dar a luz al acuerdo las partes la han postergado. Esto exige un delicado cuidado de los operadores jurídicos con la finalidad de evitar que, por error, se aplique un tratado ratificado pero no vigente todavía.

No es ocioso aclarar que, como corolario de lo ya expuesto, aunque ratificación no necesariamente implica vigencia, sí en cambio vigencia supone ratificación. Una convención aprobada y no ratificada no está vigente, y no debería ser aplicada por los jueces argentinos, al menos en cuanto tal convención [\(31\)](#). Mucho menos, claro está, si ni siquiera ha sido aprobada.

V. Publicidad y obligatoriedad de las normas internacionales convencionales [\(32\)](#)

De lo dicho hasta aquí se concluye que los tratados internacionales aprobados, ratificados y vigentes integran per se, directamente, el derecho argentino. Si bien el concepto de derecho es analógico, entiendo aquí por tal al ordenamiento jurídico que los jueces argentinos están obligados a aplicar. Entonces, este Derecho argentino puede ser tanto nacional como internacional (público), según cuál sea el origen de la norma o principio obligante. Los tratados son una parte del Derecho argentino de origen o fuente internacional (también integran el Derecho argentino internacional la costumbre internacional y los principios fundamentales del derecho de gentes, por ejemplo). Aunque no todos los tratados integran el Derecho argentino. Como surge de lo ya expuesto, solamente lo integran aquéllos en los que nuestro Estado (persona jurídica), por medio de sus representantes, manifestó su voluntad de obligarse frente a otros sujetos del derecho internacional. En definitiva, la tesis que defiende sostiene la aplicabilidad inmediata de los tratados internacionales que integran el Derecho argentino [\(33\)](#).

Ahora bien, la obligatoriedad de una norma requiere su publicación previa [\(34\)](#). Por ello, la falta de publicación de un tratado en una República implicaría trastornos que hacen a la esencia de ese régimen político y que podrían incluso poner en tela de juicio algunas conclusiones de la interpretación monista de la Constitución Nacional. Por ejemplo, era esencial para la solución del caso "Vega Villanueva", que las partes involucradas y los tribunales pudieran conocer el contenido del tratado para obedecerlo y aplicarlo, respectivamente.

Actualmente el problema se halla resuelto, al menos en principio, a partir de la sanción de la ley 24.080 (Adla, LII-C, 2752), que obliga al Poder Ejecutivo a publicar en el Boletín Oficial el texto de los tratados ratificados y las condiciones de su vigencia.

Pero más allá de las virtualidades teóricas y de la efectiva aplicación práctica que vaya a tener esa ley, quisiera dejar planteadas dos cuestiones. Por un lado, cuestiono cuál sea la incidencia de lo dispuesto por el art. 20 del Cód. Civil en este tema. Según la norma, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no

está expresamente autorizada por la ley". Por otro, me pregunto hasta qué punto puede ser relevante para los operadores jurídicos la falta de publicación de un tratado en el Boletín Oficial, teniendo en cuenta los medios con los que hoy en día se cuenta para acceder a la información necesaria. Por poner el ejemplo de un medio elemental, basta un llamado telefónico (seguido por una firma certificada, en caso de litigio, patología que no hay que tomar como la regla general de lo que ocurre en el mundo jurídico) para saber si un tratado está vigente, en qué condiciones y cuál es su contenido. Quizá lo razonable, respecto de esta observación, sería considerar cada caso para medir hasta qué punto quienes debían obedecer una norma estaban en condiciones de conocerla (35). No es igual el caso que vincula a dos personas cuyos abogados integran estudios grandes, que el relativo a dos que, por carencia de recursos económicos u otras razones, no cuentan con un asesoramiento jurídico suficiente (subrayo que no estoy diciendo ni que el asesoramiento prestado por un estudio chico sea malo, ni que el de uno grande sea necesariamente suficiente: hay que ver cada situación en concreto). Quienes deben aplicar el derecho, por su parte, deberían contar siempre --entiendo que así es en los países civilizados-- con los medios técnicos para poder conocer el ordenamiento jurídico argentino vigente en materia internacional, con prescindencia de lo que publique el boletín oficial local.

VI. "En las condiciones de su vigencia" (Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)

Al analizar la relación entre un tratado internacional y su ley aprobatoria, concluí que "no tiene sentido ... distinguir una vigencia interna del tratado, previa a su ratificación, de una vigencia internacional, para afirmar que nos hallamos frente a un supuesto en que existe la primera mas no la segunda" (cfr. supra, acápite IV). Esto parece claro. Pero hay quienes, sostienen que, una vez ratificado un tratado por el Estado argentino, hay que distinguir en cada caso entre su vigencia internacional y la vigencia interna que tenga. El tratado en vigor en sede internacional tendría, según esta tesis de corte dualista, una vigencia interna dispar en los estados contratantes, de acuerdo con el modo en que unilateralmente se lo hubiere incorporado al llamado derecho interno. Si esto se refiriera a la eventualidad de las reservas efectuadas según derecho internacional, sería válido (cfr. infra). De lo contrario, si se afirmase que unilateralmente la Argentina puede modular la vigencia de un tratado mediante pseudo--reservas o pseudo--declaraciones interpretativas ajenas al contexto internacional de su celebración, se estaría desnaturalizando, nuevamente, el acuerdo entre sujetos de derecho internacional. En este sentido, coincido con Boggiano (36), quien sostiene que la vigencia de un tratado es siempre internacional, con cita del caso de la Corte "Girolodi", del 7 de abril de 1995. Estoy de acuerdo con que: "los tratados rigen en la Argentina tal como rigen en el derecho internacional" (37). Esta es, por otra parte, una razonable interpretación de lo resuelto por el constituyente de 1994 al referirse a ciertos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y asignarles jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". Aunque es válido también para todo tipo de tratados. Sin perjuicio de que respecto de todos sigue rigiendo, al menos como postulado general, la supremacía de la Constitución sobre ellos, pues así lo ha decidido el constituyente. Ello incidirá en la posible declaración de inconstitucionalidad de un tratado --como ultimísima ratio-- y en las técnicas de interpretación de los acuerdos. A esto último me referiré seguidamente, teniendo en cuenta especialmente el caso del Pacto de San José de Costa Rica.

En efecto, la afirmación de que existe una única vigencia (internacional) de los tratados en el derecho argentino requiere algunas salvedades. En primer lugar, los tratados rigen como rigen en el derecho internacional público argentino. Es decir, en aquella parte del Derecho argentino de fuente internacional. Por lo tanto, rigen con las reservas y declaraciones interpretativas que válidamente hubiere realizado la Argentina en sede internacional. La segunda salvedad vale, al menos, para el actual régimen constitucional argentino, y es la siguiente: la vigencia de un tratado internacional en el Derecho argentino se halla modulada y matizada, según mi parecer, por la Constitución Nacional y por la interpretación que de ella haga la Corte Nacional. Este tribunal puede --y debe-- interpretar los tratados a la luz de la Constitución. En este sentido entiendo que no debería existir una regla estricta según la cual la Corte, 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. No obstante, existe una incipiente jurisprudencia de la Corte Nacional al respecto, que puede consultarse en el

valioso apéndice del libro de Boggiano. Así, en "Gioldi"[\(38\)](#), se sostuvo en el consid. 11° que: "(la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes debe) ... servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales ...". Si la guía aludida fuera una vara inflexible, el bien común se habría internacionalizado completamente. Y creo que no es el caso de nuestro sistema constitucional ni el objetivo actual de una razonable integración continental americana. Por ejemplo, aun si la Corte Interamericana interpretara en su jurisprudencia que la denegación de personería jurídica a una comunidad homosexual viola el Pacto, la Corte Argentina, interpretando el Pacto desde la Constitución Nacional, podría considerar que dicha denegación viene exigida por el bien común [\(39\)](#).

Entiendo que esta interpretación desde la Constitución [\(40\)](#) es posible sin mengua del rango constitucional asignado al Pacto y que es una manera de aplicar la pauta de que no derogue derecho alguno tutelado por la primera parte de la Constitución [\(41\)](#).

Los casos problemáticos son ciertamente excepcionales. La idea de que la jurisprudencia de un tribunal internacional, cuya jurisdicción se ha acatado por decisión soberana de los poderes constituidos (me refiero a la aprobación por el legislativo y a la ratificación por el ejecutivo, de la Convención Americana sobre Derechos humanos, que establece dicha jurisdicción), sirva de guía a las Cortes nacionales para interpretar el acuerdo internacional es razonable, considerada en términos genéricos. Thomas Buergenthal, que integró e incluso presidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esgrime sólidos argumentos en este sentido [\(42\)](#). También la Corte lo hace en "Gioldi"[\(43\)](#) y en otros fallos posteriores[\(44\)](#). Las razones de la Corte transitan por dos andariveles. Por un lado, se hace hincapié en la prevención de la eventual responsabilidad internacional argentina que podría sobrevenir si la Convención fuera interpretada en un sentido contrario al que le otorgó la Corte Interamericana. En sentido concordante, Buergenthal explica, por su parte, que en la práctica los tribunales nacionales de países integrados a algún sistema de garantía internacional de derechos humanos tienden a seguir los criterios del "tribunal superior", al menos por razones de economía procesal. El segundo argumento de la Corte se apoya en el inc. 22° del art. 75 de la Constitución. Se esgrime que "la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ... ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia ... esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[\(45\)](#). Reitero que todo ello me parece, en principio, correcto, sin perjuicio de la observación señalada: es bueno mantener, al menos, por ahora, y en la Argentina, una pauta flexible pues no hay razón ni necesidad de alienar el bien común completamente. Más bien el principio de subsidiariedad y el pluralismo cultural aconsejan lo contrario.

Claro está, que en esos excepcionales casos de insubordinación por parte de un tribunal nacional a la jurisprudencia de la Corte internacional competente, sobrevendrá, posiblemente, la responsabilidad internacional del país. Otro tanto ocurriría en la hipótesis extrema de la declaración de inconstitucionalidad de algún tratado. En estos supuestos, entonces, la doctrina de la causa "S.A. Martín y Cía. Ltda v. Nación Argentina" no ha perdido actualidad. Y, volviendo al Pacto de San José de Costa Rica u otros de características semejantes, sólo en este contexto, podría hablarse con propiedad de dos vigencias, una interna (la Convención interpretada desde la Constitución) y una internacional (la que le asigne la Corte Interamericana).

VII. Conclusión

La Corte Suprema, mediante la disidencia de dos de sus jueces en la causa "Vega Villanueva", aplicó una cláusula de un tratado internacional (el inc. 3°, art. 12, Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961), que no integraba el texto que como anexo se incluyó en la ley aprobatoria correspondiente. Creo que la argumentación desarrollada a lo largo de este estudio permite dar un sustento razonable a semejante decisión.

En sentido contrario, otras teorías acerca de la relación entre un tratado internacional y su ley aprobatoria encontrarían seguramente un escollo difícil de salvar para poder explicar dicha decisión. Sin perjuicio, claro está, de poder considerarla equivocada. Pero ello acarrearía una carga ineludible, a saber, la de brindar una

respuesta alternativa adecuada a la pregunta sobre la vigencia de la convención sobre la apostille entre la Argentina y la Federación Rusa y, más allá del caso "Vega Villanueva", la carga de demostrar que existe una teoría más consistente acerca de la manera en que los tratados internacionales integran el Derecho argentino.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

Agradece especialmente las sugerencias de los profesores Antonio Boggiano, Julio Barberis, Jorge Peirano Basso, Alfonso Santiago (h.), Juan Cianciardo, Alfredo Cuesta y Martín Caselli, que leyeron el primer borrador del trabajo. Además, reconoce con gratitud la colaboración de Marina Luisa Prada, Florencia Bascoy y Juan Cruz Acosta Güemes, estudiantes de cuarto año de la U.C.A., en la redacción del acápite II ensayo; y de Victoria Sánchez, de tercer año de la misma Universidad, y Carlos González Guerra (tercero de la Universidad de Buenos Aires), que ayudaron en la corrección del original. Le sirvieron mucho también las observaciones que le hicieron los estudiantes de primer año de Derecho de la Universidad Austral.

(2) Para un tratamiento general del tema puede consultarse la obra de Vanossi, "Régimen Constitucional de los Tratados", Ed. El Coloquio de Económicas, 1969 y el trabajo de REINA, Ana María "El régimen jurídico de los tratados internacionales en la República Argentina", publicado en la obra colectiva, "Atribuciones del Congreso Argentino", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986. Igualmente, toda la obra del profesor BIDART CAMPOS, desde su "Derecho Constitucional del Poder", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967, hasta el t. VI de su "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", sobre la reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, pasando por numerosas escalas intermedias, aporta valiosos elementos para el estudio de la materia.

Desde el punto de vista del derecho internacional, a nivel local, son ricos el libro de MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE, "Derecho Internacional Público", Zavallía, Buenos Aires, 1977; DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969", Ed. LA LEY, FEDYE, Buenos Aires, 1970; y la reciente obra de BARBERIS Julio, "Formación del Derecho Internacional", Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

(3) Cfr. consid. 2º de la disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano.

(4) Cfr. consid. 3º de la disidencia citada.

(5) Cfr. consid. 4º de la disidencia citada.

(6) Cfr. consid. 8º de la disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano.

(7) Cfr. consid. 9º de la disidencia citada.

(8) Cfr. consid. 11º de la disidencia citada.

(9) Si bien la expresión "operadores jurídicos" es ambigua, la considero de utilidad. Me refiero a los jueces, abogados, escribanos, funcionarios y todos aquellos --incluido, a veces, el ciudadano común-- que de una manera u otra están vinculados con la determinación de lo justo en una determinada comunidad, cada uno desde su particular función y punto de vista. No me refiero, entonces, a los llamados "operadores políticos", ni a los "operadores económicos" o "financieros". Insisto, la expresión me parece buena, despejadas posibles confusiones, pues es abarcativa de los diversos protagonistas del fenómeno jurídico que tiene por epicentro los conceptos de bien común, justicia, derecho subjetivo, autoridad, ley y obligación (confr. Finnis John, "Natural rights and natural law", caps. VI-XI, Clarendon Press, 1980).

Además, la palabra operador se adecua al estatuto epistemológico del derecho como objeto de razonamientos prácticos, es decir, operaciones, en un sentido amplio de la palabra, que no hace alusión al "facere" que los clásicos oponen al "agere." Al respecto, encuentro muy lúcidas las explicaciones de MARTINEZ DORAL a la luz de la doctrina aristotélica de la razón práctica, en cuyo contexto se inserta la conceptualización del derecho como operable (cfr. su obra, "La Estructura del conocimiento jurídico", p. 15, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963).

(10) Cf. lo expresado por el profesor Raúl Vinuesa en el Seminario sobre la Cuestión de los Derechos

Humanos después de la Reforma de la Constitución, que tuvo lugar en la Universidad Austral el 6 y 7 de junio de 1995.

(11)Cf. diario La Nación, del martes 20 de junio de 1995, nota de tapa.

(12)"... [S]i bien los tratados con las naciones extranjeras requieren aprobación legislativa ..." y "... esa aprobación no se puede expresar de otra manera que mediante una ley, no debe confundirse a esta última con el tratado". Este tiene "... el carácter de un estatuto legal autónomo, cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria ...". La cita, brillante por su claridad conceptual, es de Fallos 202:356, cit. por REINA, op. cit., p. 339.

(13)Cfr. el acápite VI de este ensayo.

(14)Lo afirmado en el texto no es tajante. Se refiere al derecho argentino. En el derecho comparado, abundan prácticas y reglas de corte dualista, consistentes en la "incorporación" de los tratados por parte --en general-- de una ley del parlamento. A partir de ese momento el tratado pasa a ser derecho estatal de ese país, con total independencia de que el tratado se halle o no vigente y de que genere obligaciones internacionales. Para el caso de Inglaterra, puede consultarse con provecho el excelente trabajo de BUERGENTHAL Thomas, "Self-executing and nonself-executing treaties in national and international law", "Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye", 1992-IV, ps. 303-400, esp. p. 360.

(15)Cfr. BOGGIANO, "Derecho Internacional Privado", Ed. Depalma 2a ed., Buenos Aires 1983, capítulo V, y tercera Ed. Abeledo Perrot 3ª ed., Buenos Aires, 1991, capítulo VI; también, "Ekmekdjian c. Sofovich", sentencia del 7 de julio de 1992, consid. 17. Para un análisis completo de los pasos seguidos en la celebración de un tratado internacional, ver VANOSSI, op. cit., ps. 79 y sigtes. y REINA, op. cit., ps. 348 y siguientes.

(16)Cfr. en este sentido, también, el art. 1º de la Constitución que adopta para como forma de estado la "representativa republicana federal".

(17)Ver, por todos, BIDART CAMPOS, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", t. II, p. 376, Ed. Ediar, Buenos Aires. Aunque cabe reconocer que a veces se usa el binomio monismo-dualismo para aludir a la cuestión atinente a la jerarquía o rango que corresponde al derecho interno respecto del derecho internacional. cf., op. cit., t. I, p. 98.

(18)Ver, en este sentido, el voto del juez Barra en el caso Nadel, publicado en ED, 152-409, que se enrola en una antigua tradición jurisprudencial en materia de extradición, y compararlo con el voto en disidencia del juez Boggiano en esa causa. En relación a este tema puede verse también el voto de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano en la causa "Arena", del 4 de mayo de 1995, publicada en ED, el 12 de octubre de 1995, con nota de Raúl Alberto Ramayo.

(19)Comp. con mi visión del Derecho argentino desarrollada más abajo.

(20)Ver REINA, op. cit., p. 370.

(21)Bidart Campos, en cambio, sostiene: "En la Constitución argentina debemos interpretar si su solución es monista o dualista Hay razones para reconocer que nuestra Constitución es monista..." (op. cit., t. I, p. 97). A continuación, el autor expone las razones. No creo que nuestra Constitución sea monista o dualista. Las razones alegadas en uno u otro sentido no se desprenden directamente, según mi respetuoso parecer discrepante, de una expresa previsión constitucional. Así, la razón --alegada por Bidart Campos-- de que la Constitución no establece en ninguna parte que haga falta una ley de recepción después de la ratificación del tratado, no es decisiva a favor del monismo. Pues si se demostrara, por otras razones, que el dualismo es una práctica más acorde con la naturaleza de las cosas o más justa --en un sentido amplio de la palabra-- la ausencia de la previsión constitucional mencionada no obstaría a la validez de dicha práctica. Sobre el sentido de la naturaleza de las cosas en la determinación de lo justo, ver HERVADA, Javier, "Introducción crítica al Derecho Natural," Ed. Eunsa, 7ª ed., Pamplona 1993, ps. 89-92 y mi nota a fallo, La Corte se pronuncia nuevamente sobre los

contratos de concesión (ED, 145-759).

Mas bien encuentro a la Constitución abierta a diversas interpretaciones posibles y entre ellas hay que escoger la más razonable, la que probablemente Dworkin llamaría la mejor interpretación posible (cf. "Law's Empire," Fontana Press, 1986, cap. II). No creo que en este punto la Carta Magna albergue una solución que esté allí puesta, como a la espera de que el intérprete venga a descubrirla. Respecto de este tema, remito al acápite titulado: "Juez, derecho y norma", de mi nota "¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machain?" (ED, 148-187).

(22)Otro tanto ocurre con el monismo de fuentes, como explicaré más adelante: No es una doctrina que incida necesariamente en el rango de los tratados que integran --según el monismo-- per se el derecho argentino. Por ello el monismo así entendido también es compatible con el hecho de que el constituyente asigne a los tratados una jerarquía determinada, sea constitucional u otra.

(23)Boggiano sostiene una tesis diametralmente opuesta a la expresada por la hipotética tesis dualista insinuada en el texto. Que "... los tratados enunciados en el inc. 22° no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución ... es un juicio de comprobación, es decir, un juicio en virtud del cual los constituyentes han comparado los tratados y los artículos constitucionales y han comprobado que no se produce derogación alguna. Esta es la interpretación plausible del texto pues supone razonablemente que se ha efectuado esa comparación: por eso se ha hecho referencia a esos tratados. De aquí se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente: los constituyentes lo han juzgado así al hacer 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 mismo. En cambio, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías" (op. cit., p. 104).

La original tesis transcrita, 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; razonablemente, según Boggiano. Creo que si fue un juicio de comparación, sería relativamente fácil recoger evidencias en este sentido que atestigüen si realmente la comparación tuvo lugar. Me permito expresar mis dudas dado el escaso tiempo con que contó la Asamblea para tratar este tema. Más allá de esta circunstancia, la tesis también está expuesta a la eventual comprobación de que no fuera cierto que "los tratados enunciados en el inc. 22 no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución". La doctrina y los casos que eventualmente puedan plantearse en el futuro seguramente aportarán novedades y sorpresas. Las eventuales incompatibilidades insalvables entre alguno de los pactos de derechos humanos y la Constitución, si las hubiera, hallarían mejor solución en una interpretación distinta de la ensayada por Boggiano. Frente a ellas, agotada la posibilidad de armonizar los textos, el intérprete debe preferir a la Constitución por encima de los pactos "con jerarquía constitucional" (confr. en este sentido, el acápite VI de este trabajo). He aquí otra interpretación de la fórmula del inc. 22, por la cual, sin menosprecio de la otra mencionada, me inclino. Rescato, en todo caso, la real semejanza de techos ideológicos que, en general, tienen la Constitución y los Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos en cuestión. Por último, consigno, a pedido del autor a cuyas ideas me he referido, que él mantiene su postura y no comparte mis observaciones.

(24)Otros ejemplos, a título solamente ilustrativo, son los tratados sobre derechos humanos y sobre protección del medio ambiente.

(25)BIDART CAMPOS, op. cit, t. II, p. 376.

(26)Sigo, en líneas generales, la tradicional definición de Tomás de Aquino (Summa Theologiae, q. 90, a. 4 c). Para un sugerente aggiornamento que respeta la sustancia, ver FINNIS, op. cit., ps. 276-281.

Guarda relación con lo expresado en el texto lo afirmado por la Corte para desprenderse de la doctrina "Martín y Cía." (Fallos 257:99 --La Ley, 113-458--), según la cual un tratado podía ser válidamente derogado

por una ley posterior con arreglo a la máxima "leges posteriores priores contrarias abrogant". Ello no es así, se dijo 31 años después, en la causa "Cafés La Virginia" (La Ley, 1995-D, 277) (referencias, infra, acápite VI de este ensayo), "... pues los tratados no son "leges" en el sentido del adagio latino. En efecto, como afirmó John Jay [...] el tratado es sólo otro nombre que se aplica a un contrato, y [...] sería imposible encontrar una Nación dispuesta a celebrar cualquier contrato con nosotros, que los comprometiera a ellos de modo absoluto y a nosotros sólo tanto tiempo y hasta el grado que se nos antojara. Los que hacen las leyes pueden, sin duda alguna, enmendarlas o derogarlas; y tampoco se discute que quienes hacen los tratados pueden alterarlos o cancelarlos, pero no olvidemos que los tratados están hechos no sólo por una de las partes contratantes, sino por las dos y, consiguientemente, que así como el consentimiento de ambas fue indispensable para su conclusión original, así también lo es siempre para alterarlos o cancelarlos ..." (del consid. 21° del voto concurrente del juez Boggiano).

(27) Al respecto, remito al acápite V de este ensayo.

(28) Cfr. mi nota, cit. "¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machain?", especialmente el acápite III.

(29) Un ejemplo de monismo con supremacía de los tratados sobre las leyes -y, según algunos, como Sagüés, también sobre la Constitución (cf. su "Elementos de Derecho Constitucional", t. 1, p. 221 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, es la doctrina del caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" y los fallos que le siguieron ("Fibraca", del 7 de julio de 1993, "Hagelin", del 22 de diciembre del mismo año y, muy especialmente, "Cafés La Virginia"; respecto de este último, confr. el acápite VI "infra"). En cambio, un ejemplo de monismo que sitúa a los tratados en un plano de igualdad respecto de las leyes es la postura de REINA cit, ps. 346-347. Aunque esta última tesis, cabe hacerlo notar, fue sostenida por la autora en el año 1986, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, según la cual existe una superioridad jerárquica de tratados y concordatos sobre leyes (cf. la norma constitucional citada en el texto).

No obstante, dejo planteado si quizás aún bajo el imperio de la reforma de la Constitución, la violación de un tratado por parte de una ley que lo derogase expresamente no constituiría, en algunos supuestos, una "cuestión política no justiciable". Según esta tesis --que, según creo, merece un estudio atento: No debería ser descalificada "a priori--" el respeto de la superioridad de los tratados sería un mandato del constituyente dirigido al Congreso de la Nación, cuyo incumplimiento --en ciertos casos-- no estaría sujeto a revisión judicial. De este modo, se dejaría en manos del Congreso la decisión de no cumplir un tratado por razones de fuerza mayor, sin permitir que éstas pudieran ser soslayadas por un eventual control de constitucionalidad desmesurado. La idea esbozada puede parecer anacrónica en un contexto académico como el nuestro, en el que las "cuestiones políticas no justiciables" constituyen para muchos algo recalitrante que debiera erradicarse del mundo judicial. Pero, me pregunto frente a esa posible descalificación genérica del argumento, ¿no será un error olvidar que junto con el control de constitucionalidad "Marbury v. Madison" dio a luz también a las "cuestiones políticas"?

(30) Cfr. "Cafés La Virginia", voto cit., cons. 26 y arts. 60; 61 y 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ver también la cita de JAY John, recogida en la nota 26 "supra."

(31) Por la razón expresada en el texto, Barberis critica una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del 17 de abril de 1984 (ED, 108-559). Entiende dicho autor que la desnaturalización de los tratados internacionales "... ha conducido a resultados absurdos. Así, por ejemplo, recientemente un tribunal aplicó la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica (1969) porque el Congreso la había aprobado por la ley 23.054, pese a que esta convención no estaba aún en vigor para la Argentina pues el Poder Ejecutivo no había depositado el instrumento de ratificación" (cfr. su iluminador ensayo "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina", Prudentia Iuris, XVII-XVIII, diciembre 1985-abril 1986, p. 178).

No obstante quisiera hacer notar que lo de absurdo es atribuible al fallo criticado, según mi opinión, desde un punto de vista lógico. Pero como el derecho no es lógica, puede que no sea absurdo que un tribunal aplique

un tratado no vigente, en ciertas circunstancias, y no en cuanto tal tratado (confr. el texto). Al respecto, es interesante mutatis mutandis la jurisprudencia inglesa en relación a la Convención Europea de Derechos Humanos (cf. BUERGENTHAL, cit., p. 360).

(32) Sobre este tema, es muy provechoso el libro de PIOMBO, "Teoría general de la publicidad y tratados internacionales", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, y el excelente prólogo de Werner Goldschmidt.

(33) El libro citado en la nota anterior no comparte plenamente esta tesis. La obra incluye el texto de un proyecto legislativo sobre la materia, que constituye un valioso antecedente de la ley 24.080 (cfr. "infra", en el texto). En sentido contrario a lo que diré y ya he dicho en este ensayo, el artículo 7 de ese proyecto establecía que: "En el ámbito interno, los tratados sólo serán obligatorios después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescripto por el art. 2 del Código Civil" (cf. p. 230, libro citado).

Si bien, por razones ya expresadas, discrepo de esta posición, defendida por Piombo, hay que reconocerle el mérito de rescatar una preocupación válida: la de asegurar la publicidad en la Argentina de las normas convencionales internacionales vigentes para nosotros. Mas entiendo que para ello no hace falta dividir conceptualmente el ordenamiento jurídico en derecho interno y derecho internacional, como lo hace Piombo y, ciertamente también Goldschmidt (cf. sus célebres notas a los casos "Martín y Cía Ltda. S.A.", de 1963 y "Eso S.A.P.A", de 1968, publicadas en ED, 7-784 y 23-423 --La Ley, 113-458; 131-773-). Pues ambos integran "per se," con la operatividad o programaticidad que los detentadores de autoridad decidan al redactar los textos legales (en el sentido amplio que ya usé algunas veces, cf. "supra", acápite IV "in fine": El tratado es también ley en cuanto genera obligaciones), el derecho argentino, obligatorio para los habitantes de la Nación y sus jueces.

(34) Cfr. TOMAS DE AQUINO, op. cit., loc. cit. Sobre la obligación moral de obedecer (y aplicar, en el caso de los jueces) las leyes, ver FINNIS, op. cit., cap. XI. En el capítulo siguiente el profesor oxoniense trata la patología: Qué ocurre con las leyes injustas.

(35) Sobre el rol del conocimiento de las cosas y de la metafísica en la determinación del derecho, remito a la nota 21.

(36) "Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos", ps. 103-104, Ed. LA LEY, SA., 1995.

(37) Cf. op. cit., p. citado.

(38) Op. cit., apéndice, p. 685.

(39) Así lo hizo, por mayoría, en el caso "Comunidad Homosexual Argentina", LA LEY, 1991-E, 679.

(40) La expresión la tomo prestada de BIDART CAMPOS, cf. sus obras citadas en la nota 1.

(41) Cf. art. 75, inc. 22; ver, al respecto, la nota 23° de este trabajo.

(42) Cf. su curso en la Academia de la Haya, cit., ps. 355 y siguientes.

(43) Cf. considerando citado.

(44) V. gr. "Priebke" (consid. 4°), del 20 de marzo de 1995, cf. Boggiano, op. cit., p. 689; y "Osswald" (consid. 21°), del 14 de junio del mismo año, cf. ED, diario del viernes 1° de setiembre de 1995, con nota de A. Ricardo Wetzler Malbrán.

(45) Cf. "Girolidi", cit., consid. 11°.