

**Cañardo, Hernando V.**

*La constitución externa de la República Argentina*

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 1, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Cañardo, H. V. (2013). La constitución externa de la República Argentina [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/constitucion-externa-republica-argentina.pdf> [Fecha de consulta:.....]

# LA CONSTITUCIÓN EXTERNA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional tiene, como ley fundamental, una dimensión externa que conforma lineamientos sustantivos en materia de derecho y de relaciones internacionales.

En este trabajo se intentará plantear algunos de los temas puntuales que emergen de la Constitución en materia de derecho internacional público y los enlaces con el ordenamiento *jus* internacionalista. Estos son básicamente dos: la recepción del derecho internacional general y del derecho convencional. La reforma de 1994 ha modificado algunos de estos vínculos, apartándose de la Constitución madre que es la de los Estados Unidos, tanto en el texto como en la interpretación; e introduciendo algunas complicaciones, en mi opinión, innecesariamente.

La inserción en el mundo de un Estado configura las características particulares de su "constitución externa". Nuestra forma de República Representativa, Republicana y Federal determina la identidad propia de Estado Democrático de Derecho. Del mismo modo, tanto la libertad de cultos, como el sostén del culto católico apostólico romano y la

1. Profesor Titular, Derecho Internacional Público, Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular, Derecho Internacional Público, Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio de Larrañaga".

apertura a todos los “hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino” resuelven cuestiones que quedan definidas; y, sumadas las normas sobre nacionalidad y ciudadanía, contenidas en el Artículo 75, inc. 12, según el principio de la “ciudadanía natural”, o de origen, y las reglas sobre estatus e igualdad de los extranjeros así como de eliminación de la esclavitud, de los Artículos 15, 16, 20 y concordantes, implicaron la inserción dentro del ámbito del derecho de gentes de las reglas fundamentales de la República, demostrando tanto caracteres identitarios cristianos, como abiertos a una cultura de inclusión.

Contribuye a la definición del perfil externo el Artículo 27 en cuanto determina que “el gobierno federal está obligado a afianzar sus obligaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que tienen conformidad con los principios del derecho público establecidos en esta Constitución”, regla que, conjuntamente con la inserción de los tratados en el Artículo 31 de la Constitución, y la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, así como, en los restantes, su supremacía respecto de las leyes comunes –Art. 75, inc. 22–, determinan una clara configuración de sujeción tanto al derecho de gentes como a las normas convencionales que conforman el plexo normativo del derecho internacional público, invocable por otros Estados, que, de este modo, contribuyen también a la fisonomía de esta constitución exterior.

La distribución de funciones entre el Presidente y el Legislativo muestra una elaborada trama de potestades y equilibrios. Siendo las relaciones exteriores, y los poderes de represalias, guerra, armisticio y paz, responsabilidad primordial del Ejecutivo, los actos de máxima importancia reclaman la intervención del Congreso, tales como autorizar al Ejecutivo a declarar la guerra o a hacer la paz (Art. 75, inc. 25; Art. 99, incs. 12 y 15), y los tratados de paz se equiparan en su trámite a los actos que el PE está autorizado a concluir y firmar (Art. 99, inc. 11) y el Congreso a aprobar o rechazar (Art. 75, inc. 25)<sup>2</sup>.

En orden a los límites del territorio, la competencia es del Congreso (Art. 75, inc. 15): “Arreglar definitivamente los límites de la Nación,

2. Cfr. BIDEGAIN, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo IV, AbeledoPerrot N° 766/776.

así como el de los territorios que quedan fuera de las provincias”, lo que incluye la zona del mar territorial. También el Legislativo regula la navegación en los ríos (Art. 75, inc. 10), los derechos de importación y exportación (Art. 75, inc. 1), así como el cambio con las monedas extranjeras (Art. 75, inc. 11). Integra este perfil una nota federal –abierta primero por la doctrina y luego incluida constitucionalmente en 1994–, la facultad de los gobiernos de provincia de “celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior del gobierno y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación con conocimiento del congreso Nacional”, estableciéndose la posibilidad de un régimen especial similar para la Ciudad de Buenos Aires (Art. 124), así como que no pueden expedir leyes sobre comercio o navegación exterior, hacer la guerra, armar buques de guerra o levantar ejércitos, ni nombrar o recibir agentes extranjeros (Art. 126). Por último, deben destacarse, por su relevancia, las pautas de la cláusula transitoria primera sobre el ejercicio pleno de la soberanía como objetivo respecto de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, sujeta, sin embargo, tanto al modo de vida de sus habitantes, como a la conformidad a “los principios del derecho internacional”.

Un párrafo especial merecen las nuevas reglas de integración. Si bien, como se ha de ver en el curso de esta nota, no han existido en ningún caso verdaderas cesiones de soberanía, estas son constitucionalmente posibles. En efecto, de acuerdo con el Artículo 75, inc. 24, un tratado de integración puede generar un órgano supraestatal, lo que implicaría delegar incluir competencias y jurisdicciones propias de la soberanía. Ya a la fecha de la reforma de 1994 existía el tratado de Asunción del 27 de marzo de 1991 creando el Mercosur. La Argentina adhirió tempranamente, en octubre de 1945, a las Naciones Unidas. Del mismo modo integra la Organización de los Estados Americanos, y una numerosa cantidad de tratados internacionales la ligan con distintos organismos. Como miembro de las Naciones Unidas es Estado parte del Tratado de la Corte Internacional de Justicia y, a partir de 2001, de la Corte Penal Internacional, creada por el Tratado de Roma.

## II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. CLÁUSULAS INTERNACIONALES

Se ha repetido en muchas oportunidades que las Constituciones reciben en forma directa el derecho internacional general, o *derecho de gentes*, pero poco se ha explicado cómo puede ser este mecanismo de recepción. En la mayoría de los casos es una reverencia que los constitucionalistas o internacionalistas hacen en forma vacía, sin tener una noción adecuada de la expresión, ni profundizar el concepto. La recepción del derecho internacional general de fuente consuetudinaria o *derecho de gentes* puede realizarse a través de cuatro modos<sup>3</sup>.

1. Cláusulas que conllevan la adopción obligatoria pero no automática de las reglas del derecho internacional general.
2. Cláusulas que consagran la adopción automática en el orden interno del derecho internacional general.
3. Cláusulas que establecen la adopción automática y la superioridad del derecho internacional general sobre el derecho interno, instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de este con el primero.
4. Cláusulas que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas de derecho internacional general.

El primer grupo implica la obligación de incorporar al derecho interno las reglas del derecho internacional general. Así, el Artículo 7º de la Constitución de España de 1931, conforme al cual: "El Estado Español acatará las normas universales del derecho internacional general incorporadas a su derecho interno".

El segundo grupo es de los Estados que adoptan la norma consuetudinaria inglesa, "International law is the law of the land", o sea, una incorporación automática del derecho internacional general. Tal la Constitución de USA, y, más formalmente, la Constitución italiana

3. DE VISCHER, Paul, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, Recueil des Cours Academy of International Law, Vol. 8, London, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 520.

en su Artículo 10, pero en general, dentro de este grupo el sistema más seguido es que los Estados apliquen el *corpus* del derecho internacional consuetudinario sin recepción formal.

Con respecto a la jerarquía hay algunas, como la de Portugal, de 1976, que la equiparan a la ley y otras como el caso de algunos de los derrotados países del Eje –Italia y Japón–, que dan a la norma consuetudinaria un rango superior a la ley interna, o sea que ninguna ley puede derogar las normas de costumbre internacional.

La Constitución argentina de 1853, cuando trata de límites, ríos, guerra, paz, agentes diplomáticos, presas, represalias, nacionalidad, etc., está receptando el *corpus* en forma automática, sin una cláusula determinada, ya que en esa época no se estilaba. Seguía en esto el modelo norteamericano.

El tercer grupo está constituido por aquellos que como Alemania en su Artículo 25 incorporan como derecho federal el derecho internacional general, no solo haciéndolo prevalecer sobre la ley, sino asignándole el poder de producir inmediatamente derechos y obligaciones<sup>4</sup>. El derecho federal queda sometido al control del Tribunal Constitucional que puede verificar la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional. En este caso, como el de Japón<sup>5</sup> e Italia<sup>6</sup>, es evidente la motivación política que tiene la cláusula establecida en la posguerra.

El cuarto grupo es el que menciona ciertas reglas del derecho internacional como lo prevé el Artículo 7º de la Constitución portuguesa de 1976<sup>7</sup>.

4. Artículo 25. Las normas generales del derecho de gentes (*volkerrecht*) constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

5. Artículo 98. Esta Constitución será la Ley Suprema de la Nación, y ninguna ley, ordenanza, decreto imperial u otro acto de gobierno, en forma total o parcial, contrario a lo que en ella se establece, tendrá fuerza legal o validez. Los tratados concluidos por Japón y el derecho internacional establecido serán fielmente observados.

6. Artículo 10. El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.

7. Artículo 7º. (De las relaciones internacionales)

1. En las relaciones internacionales, Portugal se rige por los principios de la independencia nacional, del respeto a los derechos humanos, de los derechos de los

En consecuencia, para saber qué normas del derecho internacional general son aceptadas por las Constituciones, y en este caso la Constitución argentina, hay que analizar las cláusulas relacionadas con la materia.

La Constitución argentina tiene numerosas disposiciones de derecho internacional o relacionado con el mismo. Podemos denominarlas *cláusulas internacionales*.

---

pueblos, de la igualdad entre los Estados, de la solución pacífica de los conflictos internacionales, de la no injerencia en los asuntos internos de los demás Estados y de la cooperación con todos los otros pueblos para la emancipación y el progreso de la humanidad.

2. Portugal preconiza la abolición del imperialismo, del colonialismo y de cualesquiera otras formas de agresión, dominación y explotación en las relaciones entre los pueblos, así como el desarme general, simultáneo y controlado, la disolución de los bloques político-militares y el establecimiento de un sistema de seguridad colectiva, con vistas a la creación de un orden internacional capaz de asegurar la paz y la justicia en las relaciones entre los pueblos.

3. Portugal reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación e independencia y al desarrollo, así como el derecho a la insurrección contra todas las formas de opresión.

4. Portugal mantiene lazos privilegiados de amistad y cooperación con los países de lengua portuguesa.

5. Portugal está empeñado en reforzar la identidad europea y en fortalecer la acción de los Estados europeos en favor de la paz, de la democracia, del progreso económico y de la justicia en las relaciones entre los pueblos.

6. Portugal puede, en condiciones de reciprocidad, con respeto al principio de subsidiariedad y con vistas a la realización de la cohesión económica y social, convenir el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la Unión Europea.

Artículo 8°. (Del derecho internacional)

1. Las normas y los principios de derecho internacional, general o común, forman parte integrante de derecho portugués.

2. Las normas que constan en los convenios internacionales regularmente ratificados o aprobados entran en vigor después de su publicación oficial y rigen durante el tiempo que vinculen internacionalmente al Estado portugués.

3. Las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte entran en vigor en el ámbito interno directamente, siempre que así se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos.

En primer lugar están las relacionadas con la esclavitud, donde la Argentina adopta una posición clara y de avanzada frente a un tema que en países ya independientes, como los Estados Unidos y Brasil, aun no había sido resuelto en la fecha que se sancionó, la primera<sup>8</sup>. También se tratan los derechos de los extranjeros, su situación jurídica, el fomento de la inmigración de determinadas regiones, como Europa<sup>9</sup>, y el tema de la nacionalidad<sup>10</sup>. Entra así el derecho internacional referente al estatus de los extranjeros y las normas de la atribución de la nacionalidad, donde la Argentina elige el principio del *Jus soli*, llamándolo *ciudadanía natural*<sup>11</sup>.

8. Artículo 15. En la Nación Argentina no hay esclavos [...] los esclavos que de cualquier modo se introdujeran quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

9. Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 20. Derechos de los extranjeros. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 25. El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

10. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad.

11. Así decía el texto del Artículo 67 antes de la Reforma: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, sin que tales



Asimismo están incorporadas a través del texto constitucional las normas del derecho internacional relacionadas con la navegación de los ríos de la República y la internacionalización de las mismas<sup>12</sup>.

El derecho de los tratados queda incorporado también claramente<sup>13</sup>, así como futuros acuerdos sobre cualquier otra materia que modificaran los derechos o garantías de los individuos, y esto estaba claramente expresado antes de la Reforma de 1994<sup>14</sup>, en que sufre algunas modificaciones de importancia con respecto a la posición de los mismos en el ordenamiento, no solo en el Artículo 31, sino en el Artículo 75, inc. 22<sup>15</sup>. La Constitución reformada agrega una disposición, que luego será analizada, que incorpora con jerarquía constitucional una lista de declaraciones y tratados, es decir, asume textos internacionales en bloque<sup>16</sup>. La reforma recepta al menos formalmente el llamado

---

códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y *ciudadanía natural*.

12. Artículo 26. Navegación libre de los ríos interiores.

13. Artículo 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de Tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución.

Artículo 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los Tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.

14. Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

15. Capítulo cuarto. Atribuciones del Congreso.

Artículo 75, inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás Naciones y con las organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

16. Artículo 75, inciso 22. Tratados con jerarquía constitucional. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de

derecho de la integración, que permitiría la transferencia de competencias a organismos de carácter supranacional<sup>17</sup>.

El principio de la sucesión de Estados y las reglas respectivas ya integraban la Constitución histórica<sup>18</sup>.

También reconocíanse las reglas del derecho internacional en cuanto los límites<sup>19</sup> y su competencia en ellos, por lo cual es redun-

---

todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

17. Artículo 75, inciso 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

18. Artículo 13. Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.

Artículo 35. Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber, Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina serán en adelante nombre oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose la palabra Nación Argentina en la formación y sanción de las leyes.

19. Artículo 75, inciso 15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

dante la cláusula transitoria referida a las Malvinas, pues esta es una cuestión de límites aun no resuelta<sup>20</sup>.

Sin embargo, al referirse a la forma democrática no está cumpliendo ninguna norma vigente de derecho internacional general, pues es jurisprudencia de la Corte que la forma de gobierno es decisión de cada Estado, si bien puede estar de acuerdo con una norma convencional regional, de carácter fuertemente político y de dudosa legitimidad<sup>21</sup>.

Establece la recepción de todo el derecho general sobre los órganos políticos en las relaciones internacionales, al establecer las competencias del Poder Ejecutivo en la materia<sup>22</sup>.

Reconoce y recepta, asimismo, las normas del derecho de guerra, incluidas las represalias, las alianzas militares, el sistema de seguridad colectiva y las operaciones de mantenimiento de paz<sup>23</sup>; y algunas ins-

20. Disposición Transitoria Primera. La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

21. La Corte en el Caso de "Nicaragua c/ los Estados Unidos": "[...] cualquiera sea el régimen elegido por Nicaragua la adhesión de un Estado a una doctrina en particular no es una violación del derecho internacional consuetudinario, ya que si no fuera así se violaría el principio de la soberanía de los Estados sobre el que descansa todo el derecho internacional y la libertad de elección de un sistema económico, político, social y cultural por parte de un Estado". Case "Concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua", 1986, ICJ, paragraph 263.

22. Artículo 99, inciso 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

23. Artículo 99, inciso 15. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

Artículo 75, inciso 27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

Artículo 75, inciso 28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

tituciones en vigor en ese momento que después fueron prohibidas y la Reforma de 1994 olvidó modificar, como el corso<sup>24</sup>.

Con respecto a los poderes de guerra y específicamente el corso, la situación es similar a la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos que dice que “si la Constitución nada hubiese dicho respecto a cartas de marca o capturas no hubiera limitado por ello el poder del Congreso la autoridad de conceder cartas de marca y repre-

24. “Declaración de París relativa a determinadas reglas de derecho marítimo en tiempo de guerra. 1856”.

Los plenipotenciarios que han firmado el Tratado de París del 30 de marzo de 1856, reunidos en conferencia, considerando:

Que el derecho marítimo en tiempo de guerra ha sido durante largo tiempo objeto de discusiones lamentables;

Que la impresión de los derechos y deberes en esta materia da lugar, entre los neutrales y los beligerantes, a divergencias de opinión que pueden originar serias dificultades y aun conflictos;

Que, por consiguiente, sería desventajoso establecer una doctrina uniforme sobre punto tan importante;

Que los plenipotenciarios, reunidos en el congreso de París, no podrán responder mejor a las intenciones que anima a sus gobiernos, que tratando de introducir en las relaciones internacionales principios fijos a este respecto;

Debidamente autorizados, los citados plenipotenciarios han convenido concertarse sobre estos medios de alcanzar ese objeto, y habiendo llegado a un acuerdo, han establecido la siguiente Declaración solemne:

1. El corso está y queda abolido.

2. El pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, a excepción del contrabando de guerra.

3. La mercancía neutral, a excepción del contrabando de guerra, no puede ser apresada bajo el pabellón enemigo.

4. Los bloqueos, para obligar, deben ser efectivos, es decir, mantenidos por una fuerza suficiente para impedir realmente el acceso al litoral enemigo.

Los gobiernos de los infrascritos plenipotenciarios se comprometen a llevar esta Declaración a conocimiento de los Estados que no han sido llamados a tomar parte en el Congreso de París, y a invitarlos a dar su adhesión.

Convencidos de que las máximas que acaban de proclamar no serán acogidas sino con gratitud por el mundo entero, los plenipotenciarios que suscriben no dudan de que los esfuerzos de sus gobiernos para hacer general su adopción no sean coronados por el éxito.

La presente Declaración no es y no será obligatoria sino entre las potencias que acceden o que accedieren a ella. París, 16 de abril de 1856.

salia y de reglamentar las capturas ya que son ordinarios y necesarios incidentes del poder de declarar la guerra. Sin aquellos este sería totalmente inefectivo”<sup>25</sup>.

Recepta asimismo todo el derecho diplomático, consular y de las Organizaciones Internacionales de las que forma parte<sup>26</sup>. Además establece normas sobre la jurisdicción para el caso de interpretación o disputas relacionadas con tratados y con embajadores y cónsules extranjeros, al tratar la organización del Poder Judicial de la Nación<sup>27</sup>.

Debe agregarse que la integración del derecho consuetudinario internacional en el orden interno se hace en forma automática en el entendimiento de que el Estado ha consentido en la formación de dicha costumbre ya por no haber adoptado una costumbre contraria o no haber objetado la costumbre en el período de formación de la misma. Asimismo una cláusula de la Constitución que sea contraria al derecho internacional, sea este de origen general o convencional, no compromete la responsabilidad del Estado, mientras la misma no sea operativa, es decir, no se aplique.

25. “*Brown vs. United States*”, 8 Cranch 10, 1814.

26. Inciso 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

27. Artículo 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

### III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL, INSTITUCIONAL Y COMUNITARIO

Una vez analizadas las cláusulas de recepción del derecho internacional general, cabe analizar las normas del derecho internacional convencional.

Paul de Vischer explica que la mayoría de las Constituciones no establece la adopción automática de un tratado, sino que requiere un acto formal de recepción en el derecho interno. Este acto puede ser la publicación, como en el sistema francés, o la orden de ejecución, como en el italiano, que en los diferentes Estados puede adoptar la forma de ley, decreto u orden, sobreentendido que esto es diferente de la manifestación de tipo internacional de obligarse por tratado, por la ratificación o adhesión. Pero siempre debe existir un acto de recepción por el Estado<sup>28</sup>.

El procedimiento se enreda en la discusión doctrinaria que lleva siglos sobre el modo de recepción del derecho internacional en los ordenamientos internos, las llamadas doctrinas monistas y dualistas.

El argumento clásico del monismo es que no existen dos sistemas jurídicos –el internacional y el interno– con existencia separada; sino que están tan unidos que no pueden separarse o aislarse. Kelsen, en la década de 1930, reaccionando contra el dualismo vigente, fija su formulación en términos actuales<sup>29</sup>, sobre el razonamiento de que el derecho internacional público determina los ámbitos de validez temporal, material y personal de los ordenamientos jurídicos nacionales. En el primer caso, al regular el nacimiento y la desaparición de los Estados (*pero no para cada Estado en concreto sino en abstracto*), determina sobre qué territorio y población ese derecho tendrá vigencia.

Otras premisas fundamentales son:

1. El orden jurídico internacional solo tiene significación como parte de un orden que comprende a los Estados y al tener validez simultánea no puede formar parte de sistemas distintos e independientes.

28. DE VISCHER, Paul, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, ob. cit.

29. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, págs. 417-418.

2. Cualquier asunto “doméstico” en la vida de los Estados puede ser motivo de tratado internacional y los tratados en algunos casos pueden ser autoejecutables sin necesidad de derecho, leyes o reglamentos nacionales.

La concepción monista es mucho más compleja de lo que a primera vista parece, ya que sostiene que hay solo un sistema normativo nacional e universal. De esta unidad deducen la supremacía del derecho internacional, en cuanto este habilita a los Estados nacionales en la facultad de dictar sus ordenamientos. Según Kelsen las normas jurídicas derivan su validez de otras, hasta llegar a la norma fundamental, que él colocó alternativamente en el ordenamiento interno o en el internacional de acuerdo con la evolución de su pensamiento.

Si se adhiere al monismo con primacía del derecho interno, deviene un ordenamiento jurídico interno absoluto, como consecuencia de la soberanía. En cambio, dada primacía al derecho internacional, debiera reconocerse a este derecho un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los Estados, pero donde hace agua esta teoría es en cómo se recepta internamente dicho derecho internacional.

Trieppel, en cambio, ya con anterioridad, en 1899, en su obra *Völkerrecht und landesrecht –Derecho internacional y derecho interno–*, definió las bases del dualismo, o sea, la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos y separados, el nacional y el internacional, dotados de distintas fuentes y ámbitos también distintos. El derecho internacional regula relaciones entre Estados y el interno, entre individuos. Como el Estado es soberano la validez de su Constitución es independiente de su conformidad con el derecho internacional.

Siendo dos sistemas diferentes no hay dependencia o subordinación y la norma internacional solo tendrá eficacia en el orden interno si es transformada e incorporada a través de un acto del legislador nacional –la conversión en ley y no la mera publicación. El dualismo en esto es muy claro, con ventaja sobre el monismo con prevalencia del derecho internacional de Kelsen, en lo relacionado a la recepción de los tratados.

En la actualidad este debate parece haberse zanjado en esta última dirección, a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la que, según la mayoría de los intérpretes, resulta un monismo moderado con preeminencia del derecho inter-



nacional, y esto lo deducen del Artículo 27, en cuanto que no pueden invocarse disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Esto es lógico ya que previamente el Artículo 26 establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe cumplirse de buena fe<sup>30</sup>.

Es evidente que los Tribunales Internacionales dan primacía al derecho internacional sobre el interno, pero no es de extrañarse ya que, caso contrario, el ordenamiento jurídico internacional quedaría en situación precaria.

La idea de modificación del derecho interno como consecuencia de un tratado es antiquísima, y en la jurisprudencia internacional moderna ya la había expresado la CPJI en el caso del intercambio de las poblaciones griegas y turcas, donde dijo que “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para la ejecución de los compromisos asumidos”<sup>31</sup>.

En el caso de los nacionales polacos en Danzig el mismo tribunal sostuvo: “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones del derecho internacional consuetudinario o los tratados en vigor”<sup>32</sup>. Asimismo en el Asunto de las Comunidades Greco Búlgaras la CPJI estableció: “[...] es un principio reconocido del derecho de gentes que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado las disposiciones de la ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado”<sup>33</sup>.

En la Opinión Consultiva dada por la Corte Permanente respecto a los empleados ferroviarios de Danzig, que habían sido transferidos a Polonia por un acuerdo entre dos sujetos del derecho internacional: la Ciudad Libre de Danzig con el gobierno de la Sociedad de las Naciones y el Gobierno Polaco, se afirma: “[...] puede fácilmente advertirse

30. Este Artículo 27 se colocó a sugerencia de la delegación de Pakistán pues no estaba en el proyecto original, por ser el tema básicamente de la responsabilidad internacional. (SINCLAIR, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition, Manchester University Press, 1973, pág. 84).

31. PCIJ Series B N° 10, pág. 20, 1925

32. PCJI Series A/B N° 44, págs. 21-24, 1932.

33. PCJI Series AB N° 17, pág. 32, 1930.



que el tratado, siendo un acuerdo internacional, no puede como tal crear derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un tratado internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los Tribunales nacionales<sup>34</sup>.

Asimismo que “Un Estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir las obligaciones que le incumben por el derecho internacional”<sup>35</sup>.

En el llamado caso de las zonas francas la Corte expresó: “Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus convenios internacionales”<sup>36</sup>.

Y respecto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental se tuvo en cuenta una declaración hecha por el Ministro de Relaciones Exteriores noruego a Dinamarca, entendiéndose que tal declaración obligaba a Noruega, a pesar de que dicho Estado adujo que su Ministro Ihlen se había sobrepasado en sus poderes constitucionales<sup>37</sup>.

Con respecto al llamado derecho institucional, es decir, la recepción de resoluciones que constituyen actos internos de carácter norma-

34. PCJI Series B N° 15, pág. 17, Jurisdiction of the Courts of Danzig Advisory Opinion of 3 march 1928. Aquí al respecto de este tema hay antecedentes desde el inicio de la historia. Baste citar uno que es el Tratado de Westfalia, donde en los Títulos 11 a 64 se trata en extenso y minuciosamente sobre la restitución de derechos y privilegios, la soberanía de los Estados del Imperio y sus libertades. Los Estados del Imperio son confirmados en los límites territoriales de 1618 y la distribución territorial de las distintas confesiones cristianas se efectúa a partir de la situación de 1624. “[...] todos los oficiales así como militares consejeros y togados [...] con sus mujeres, hijos herederos [...] serán restaurados por todas las partes en su estado de vida, su honor, renombre, libertad de conciencia, derechos y privilegios que disfrutaban antes de los desórdenes ya mencionados” (Título 43).

35. CPJI Series A/B N° 44, Treatment of polish nationals and other persons of polish origin or speech in the danzig territory, pág. 24.

36. CPJI A/B N° 46, pág. 167, Free zones of upper savoy and the District of Gex, 1932.

37. CPJI A/B N° 48, Legal status of the South-Eastern territory of Greenland, pág. 170, 1933.

tivo de una Organización, cada Estado determinará la forma como son incorporadas a su derecho interno. Sin embargo, hay que excepcionar dos casos: las resoluciones del Consejo de Seguridad y las decisiones de los órganos de integración económica.

En la práctica las relaciones entre el derecho internacional y el derecho comunitario no siempre fueron sencillas. En Italia la Corte Constitucional ha sostenido que conforme al principio de la sucesión de las leyes en el tiempo, una ley local podría alterar un compromiso establecido en un tratado anterior<sup>38</sup>; pero la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado que instituyó la CEE o Mercado Común Europeo “ha creado un orden jurídico propio, integrado al sistema jurídico de los Estados Miembros, que desde la entrada en vigor del tratado se impone en sus jurisdicciones”; esto entraña “una limitación efectiva de los derechos soberanos de los Estados contra la cual no prevalecería la invocación de disposiciones de derecho interno de cualquier naturaleza que sean”<sup>39</sup>.

38. Caso “Costa vs. Enel”, 1964.

39. Casos “Costa vs. Enel” y “Comisión vs. República Italiana”, donde los hechos eran los siguientes: Un individuo reclamaba antes sus tribunales que la ley que nacionalizaba la producción y distribución de energía era incompatible con el Tratado de la Comunidad Económica Europea. El Tribunal envió la cuestión a la Corte Europea de Justicia de las Comunidades para una decisión preliminar. La Corte en la misma enfatizó la duración ilimitada de la Comunidad, la autonomía de poder de la misma, tanto interna como externamente y especialmente el tema de las limitaciones a las competencias, por la transferencia de poderes de los Estados a la Comunidad. La Corte pretendía así demostrar que las palabras o la letra y el espíritu del Tratado implicaban que es imposible que los Estados establezcan medidas unilaterales contra un orden legal que han aceptado en una base recíproca. La Corte asienta la base o el fundamento jurídico de la primacía del derecho comunitario en las palabras del Artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica, que establece que las reglas tienen fuerza vinculante o efecto vinculante y son directamente aplicables en todos los Estados Miembros. La Corte asimismo entiende que este artículo no puede tener reserva alguna, ya que no tendría sentido si un Estado pudiera unilateralmente anular el efecto por medio de normas legislativas que prevaleciesen sobre el derecho comunitario. En consecuencia, entiende la Corte que el derecho que surge del Tratado, como fuente jurídica independiente, por su origen especial y su naturaleza, no puede ser dejado de lado por disposiciones domésticas o de derecho interno, sin así perder su

En el Caso “Simmenthal”, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas puntualizó que los jueces locales o nacionales deben garantizar el derecho comunitario contra toda disposición en contrario que hubiera en la legislación estatal, aún con posterioridad al tratado comunitario<sup>40</sup>.

---

carácter de derecho comunitario y sin que se destruya la base o fundamento legal de la Comunidad. La transferencia por parte de los Estados de competencias y derechos de sus ordenamientos internos al de la Comunidad a través del Tratado conlleva una limitación permanente en sus derechos soberanos, contra el cual un acto unilateral incompatible con el derecho comunitario no puede prevalecer.

40. El primer caso en que la Corte hizo una declaración sobre la naturaleza del derecho comunitario es “Van Gend en Loos *vs.* Netherlands” (1963), que se refería al efecto directo del Tratado de la Comunidad y el grado en el cual los individuos pueden basarse en el mismo para desafiar las medidas dispuestas por sus leyes nacionales. En ese caso la Corte de Justicia de las Comunidades falló: “El objetivo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que es el establecimiento de un Mercado Común, el funcionamiento del cual es de importancia directa para las partes interesadas en la Comunidad implica que el Tratado es mucho más que un mero Tratado que solamente crea obligaciones mutuas entre las Partes contratantes”.

La Comunidad así es un nuevo orden legal de derecho internacional para el beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos, si bien en campos limitados, y los sujetos que comprende no son solo los Estados sino también los nacionales de los mismos.

En el Caso “Simmenthal SPA” (1978), un juez italiano se enfrentó a un conflicto entre una Regulación del Consejo referida a la organización común de los mercados de la carne vacuna y las leyes fitosanitarias y de salud pública de Italia. De acuerdo al derecho italiano, la legislación doméstica contraria al derecho comunitario solo podía ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional y no por los tribunales inferiores. ¿Podía entonces un Juez Italiano de 1ª Instancia considerar inconsistente una legislación nacional antes de esperar su rechazo por la Corte Constitucional? La Corte estableció que el Tribunal de 1ª Instancia tenía el deber de dar pleno efecto a la norma comunitaria cuando había un conflicto con la ley nacional y sin esperar una decisión de un tribunal de mayor jerarquía para decidir en la materia. En consecuencia todos los tribunales nacionales deben aplicar el derecho comunitario en su totalidad y proteger los derechos conferidos a los individuos y dejar de lado reglas de origen nacional que entren en conflicto con el derecho comunitario, sean anteriores o posteriores a las reglas de la Comunidad.

De allí la importancia de este caso que tiene implicancias extremadamente interesantes con respecto a los principios de supremacía y efecto directo. El problema también estaba relacionado con la naturaleza de los tribunales nacionales, y qué ocu-

Con respecto al derecho de la integración en Latinoamérica lamentablemente no existe en el Mercosur el efecto directo del derecho comunitario sobre el derecho interno. Es decir, las normas del primero no se imponen directamente en el segundo. Ciertamente es que el Tratado de Asunción es sistemáticamente violado por las partes, en muchos casos a través de leyes o decretos posteriores o simples decisiones de órganos del Estado, con lo cual no se nota el mismo entusiasmo por la primacía del tratado que se puede observar en el tema de los derechos humanos.

El Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto obliga a los Estados a incorporar las normas comunitarias en el derecho interno *cuando sea necesario*, lo cual es una expresión ambigua<sup>41</sup>. El derecho del Mercosur tampoco estipula derechos y obligaciones ni los legitima para abogar por sus derechos. Puede agregarse a modo de información que las Constituciones de Brasil<sup>42</sup> y Uruguay<sup>43</sup> en sus Artículos 4° y 6°, respec-

---

rría si el tribunal no tenía jurisdicción en el sistema doméstico para cuestionar o dejar de lado actos legislativos nacionales, sean estos leyes o reglamentos. La respuesta de la Corte es que aun cuando solo la Corte Constitucional es el tribunal con poder para decidir la constitucionalidad, si un caso es tratado por un tribunal inferior, ese tribunal debe darle efecto inmediato a la legislación comunitaria, sin esperar la decisión del Tribunal superior.

41. Artículo 42. Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2° de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

42. Artículo 4°. La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1. independencia nacional; 2. prevalencia de los derechos humanos; 3. autodeterminación de los pueblos; 4. no intervención; 5. igualdad de los Estados; 6. defensa de la paz; 7. solución pacífica de los conflictos; 8. repudio del terrorismo y del racismo; 9. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad; 10. concesión de asilo político. Párrafo único: La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

43. Capítulo IV.

Artículo 6°. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integra-

tivamente, si bien promueven la integración en forma programática, guardan silencio sobre la relación de los tratados internacionales y el ordenamiento interno.

En Europa todo juez nacional es a la vez guardián del derecho comunitario porque hay primacía de este, pero no es el caso en este bloque del Cono Sur.

En cambio, en el campo de los derechos humanos, Argentina está imbuida de un fuerte espíritu internacionalista y supranacional, que debería tener también para los bloques económicos del que forma parte. El Tribunal Interamericano ha sentado la práctica de que no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno ya que su misión consiste en controlar si las normas locales acatan o no los principios del sistema y por ende no es una cuarta instancia que deja sin efecto las leyes de los países. Si advierte la violación se lo hará saber al país infractor para que modifiquen los actos, ello a fin de evitar que incurra en responsabilidad internacional (Arts. 1° y 2° del Pacto).

En consecuencia, la jurisprudencia internacional acepta que un Estado no puede alegar el cumplimiento de su derecho interno –inclusive de su Constitución– para negarse a aceptar un tratado y si lo hace está incurriendo en responsabilidad internacional. Esto tiene como consecuencia que los tratados deberían estar en todas las Constituciones por encima de las leyes.

Pero como el derecho internacional es un ordenamiento precario, no todos los Estados siguen este principio. Aún en los ordenamientos comunitarios avanzados hay conflictos entre los tratados y las leyes como los mentados Casos “Costa” y “Simmenthal” lo demuestran.

En definitiva será la Constitución de cada Estado la que decida el rango que el derecho interno reconoce a los tratados o a las normas internacionales.

*A. Jerarquía supra constitucional.* El tratado puede modificar la Constitución. (Artículo 91. 3, de la Constitución de Holanda).

---

ción social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

- B. *Jerarquía constitucional*. Tratados con rango igual que la Constitución. (Así el caso de la Argentina en el Artículo 75, inc. 22, con los tratados que se mencionan<sup>44</sup>).
- C. *Jerarquía supra legal*. Los tratados están sobre la ley pero no pueden modificar la Constitución. (Nuestro Artículo 75, inc. 22, con respecto a los demás tratados).
- D. *Jerarquía legal*. Tratados iguales a ley ordinaria. (Constitución de los Estados Unidos I § 8).

Hay que observar que si la aplicación interna de un tratado es regida por las normas de derecho interno, sea este de rango constitucional o legal, su aplicabilidad directa condiciona su justiciabilidad, o sea, su invocación directa por las personas interesadas.

En algunos Estados, como Estados Unidos y Francia, para que una norma internacional se aplique directamente es necesario que en el tratado se confiera un derecho subjetivo a una persona y que no se requiera la aplicación de una acción o procedimiento legal específico no creado aún para su ejecución<sup>45</sup>.

En conclusión:

1. El derecho internacional general y el convencional se incorporan a cada ordenamiento según su Constitución.
2. No se pueden alegar normas de derecho interno para no cumplir una norma internacional, sea convencional o consuetudinaria.

44. Un tema de importancia es: ¿Por qué estas Convenciones y no otras tienen rango constitucional? Por Ley N° 24.820, BO 29-5-1997, se reconoce ese carácter a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Ha sido evidente el error del constituyente en hacer un *numerus clausus* en la Constitución de los Tratados con jerarquía constitucional.

45. En 1998 la Corte Suprema de los EE. UU. rehusó aplicar directamente esta disposición que establece la comunicación de los cónsules con los nacionales del Estado que envía, alegando falta de procedimiento. ("Brord vs. Greene", 14 april 1998, SCt 1332, "Hamdam vs. Rumsfeld", 2006).

#### IV. ORÍGENES DE LA CLÁUSULA DE LA SUPREMACÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Es el momento de analizar los orígenes del Artículo 31 de la Constitución que establecía y aún establece la llamada cláusula de la supremacía y que rigió hasta 1994, cuando la reforma estableció que los tratados son superiores a las leyes.

En los Estados Unidos, la Convención Constituyente de 1787 debió resolver problemas graves que habían surgido entre las trece Colonias que habían firmado los artículos de la Confederación vigentes entre 1781 y 1789. Uno de los mayores problemas eran los tratados firmados independientemente por los Estados; y los firmados por el Congreso de la Confederación como representante de todo el conjunto.

El Congreso había nombrado a Jefferson, Franklin y Jay para negociar Tratados de Paz y de Comercio con las naciones de Europa en nombre de la Confederación. Pero las potencias europeas se negaban a firmar cuestionando la validez de la supremacía de los tratados, frente a los acuerdos firmados, por ejemplo, con Virginia o Carolina del Norte, y preguntaban así cuáles tendrían supremacía, si los estatales o los realizados por el Congreso.

Otro tema que también traería problemas a la larga era una peligrosa mezcla de políticas exteriores llevadas a cabo por los Estados al firmar tratados con las tribus indias. Estos tratados eran de paz, acuerdo para acceder a territorios y comercio. Inclusive algunos Estados llevaban adelante guerras por su cuenta y firmaban tratados sin consultar a los demás.

Estas situaciones han sido los antecedentes indirectos de la cláusula de la supremacía, contenida en el Artículo 6<sup>o</sup>, párrafo 2<sup>46</sup>, que tiene a los tratados en la ley suprema en el mismo nivel que las leyes federales emanadas del Congreso. La situación que desencadena

46. Artículo 6<sup>o</sup>, párrafo 2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

este artículo, además de las ya expresadas, fue una falla que estaba en los artículos de la Confederación que si bien le daban el poder de los tratados al Congreso el cumplimiento de las disposiciones dependía de las legislaturas estatales. Esto se vio particularmente con respecto a las disposiciones del Tratado de Paz de 1783, donde se estipulaba la protección de los derechos de propiedad de los acreedores ingleses de ciudadanos americanos. Estas disposiciones eran deliberadamente ignoradas o no cumplidas por las legislaturas locales. Tras las protestas británicas, John Jay, Ministro de Relaciones Exteriores, sugiere al Congreso que ordene a las legislaturas locales que dejen sin efecto cualquier ley contraria a las disposiciones del Tratado de Paz y al mismo tiempo autorizar a los tribunales a que cumplieran las disposiciones del tratado.

Si bien siete Estados cumplieron en cierto grado estas disposiciones, la impotencia del Congreso para hacer efectivas las disposiciones del tratado hizo que obviamente al redactarse la Constitución se estableciera el Artículo 6º, párrafo 2, para solucionar estos problemas de una vez.

El mismo principio de la supremacía de los tratados sobre leyes estatales fue establecido con posterioridad en otros casos<sup>47</sup>.

## V. RELACIÓN ENTRE LOS TRATADOS Y LAS LEYES EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Es el momento de analizar la jurisprudencia de los Estados Unidos, que es el país en cuya Constitución la Argentina se basó y lo que dice su Corte sobre los tratados y su relación con las leyes. En primer lugar, la Corte entiende que el tratado debe ser cumplido porque el

47. "Ware vs. Hylton", 279 3 US 3Dall 199 (1796). "Hopkirk vs. Bell", 281 7 US 3 Cranch 454 (1806). En "Clark vs. Allen", 331 US 503 (1947), California es informada de que los derechos de los ciudadanos alemanes de acuerdo al Tratado del 8 de diciembre de 1923 entre los Estados Unidos y el Reich han sobrevivido la guerra y cierta legislación y prevalecen sobre cualquier legislación estatal.



interés y el honor de los Estados están en juego, y puede establecer derechos para el individuo<sup>48</sup>.

Con respecto a la eficacia de los tratados en el orden interno, como leyes o con el efecto de las leyes federales, son las cortes quienes la determinan<sup>49</sup>. Ahora si bien los tribunales consideran que también se le da un peso decisivo a la interpretación de los departamentos del gobierno que se encargan de la negociación y el cumplimiento en el ámbito internacional<sup>50</sup>. Al mismo tiempo se establece que las decisiones de la Corte Internacional interpretando tratados no tienen fuerza obligatoria más que para las partes y con respecto al caso particular. Es decir solo se le da *una respetuosa consideración*<sup>51</sup>.

48. "A treaty is primarily a compact between independent nations. It depends for the enforcement of its provisions on the interest and honour of the governments which are part of it [...] But a treaty may also contain provisions which confer certain rights upon the citizens or subjects of one of the nations residing in the territorial limits of the other, which partake of the nature of municipal law and which are capable of enforcement as between private parts in the courts of the country". Head Money Cases 112 U.S. 580, 598 (1884).

49. La interpretación de los Tratados como ley es realizada por el Poder Judicial: "[...] if treaties are to be given effect as federal law under our legal system, determining their meaning as a matter of federal law is emphatically the province and duty of the judicial department headed by the one Supreme Court established by the Constitution". "Sánchez Llamas vs. Oregon", 548 US 331, 353-354 (2006), quoting, "Marbury vs. Madison" 5, US 1 Cranch 137, 177 (1803).

50. "Yet while Courts interpret treaties for themselves, the meaning given to them by the departments of government particularly charged with their negotiation and enforcement is given great weight". "Sánchez Llamas vs. Oregon", 548 US 355, quoting, "Kolovrat vs. Oregon", 366 US 187, 194 (1961).

51. "Under Article 36 of the Vienna Convention, a treaty to which the U.S. is a party, any person detained in a foreign country has the right to notify the consulate of his home country of his detention. Moisés Sánchez-Llamas, a Mexican national, was arrested for his role in a shootout with the police. He was given a Miranda warning, but not informed of his right under Article 36 to notify his consulate. After Sánchez-Llamas made incriminating statements to the police, he was charged with attempted murder. Sánchez-Llamas moved to dismiss the charge. He argued that he had a right under Article 36 which had been violated, and that his confession should consequently be inadmissible as evidence. The trial court denied the motion. The Oregon Court of Appeals and the Oregon Supreme Court both affirmed, holding that the Vienna Convention does not create individual rights, but only rights of countries". "Sánchez

En los Estados Unidos el tratado debe ser autoejecutable –*self-executing*– y crear un derecho exigible individualmente, para que pueda ser invocado por una persona.

Sin embargo, en la práctica no se aplican los tratados por inexistencia de una acción o de un procedimiento interno<sup>52</sup>. Aun si una decisión de la Corte Internacional de Justicia tiene fuerza obligatoria entre los Estados, no necesariamente se puede exigir su cumplimiento por los individuos afectados por ella. Si, por ejemplo, la Corte encuentra que los Estados Unidos violó un derecho de un acusado dentro de las normas del derecho internacional y esa decisión constituye una obligación a cumplir por parte de los Estados Unidos, no significa que sea derecho aplicable<sup>53</sup>.

---

Llamas *vs.* Oregon”, 548 US at 354 2005, quoting Statute of International Court of Justice. “Sánchez Llamas *vs.* Oregon”, 548 U.S. at 355, quoting, “Breard *vs.* Greene”, 523 US 371, 375 (1998).

52. La Corte Internacional de Justicia en el año 2001 y en el año 2004 consideró que la ausencia de información a los extranjeros de su derecho a tener contacto con las autoridades consulares violaba el Artículo 36 de la Convención de Viena de las Relaciones Consulares.

53. El caso “Medellín *vs.* Texas” trata de la apelación presentada por José Medellín, condenado a pena de muerte por violación, contra el Estado de Texas, ya que el Estado no tuvo en cuenta una jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, en donde se determina que los Estados Unidos han violado los derechos humanos de 51 prisioneros mexicanos por no haber informado al consulado de su país que fueron detenidos. Medellín citó como fundamento para su demanda del caso “Sánchez Llamas *vs.* Oregon” y una circular expedida por Bush en el año 2005, en donde se instruye a las cortes estatales para que cumplan las sentencias de la CIJ en el caso de los mexicanos que se encuentren en el “corredor de la muerte”. La Corte Suprema negó ambas peticiones, en primer lugar no consideró que el derecho internacional de la Convención de Viena, especialmente en lo que trata de los asuntos consulares, deba ser aplicado directamente por una Corte norteamericana y decide seguir la tesis dualista del derecho internacional, en este caso en materia de derechos humanos, en donde primero tiene que ser la norma aprobada por el Congreso para convertirse en derecho interno en forma de ley y explica que en este caso priman las normas procesales estatales sobre la Convención. En segundo lugar estimó la Corte que la recomendación del presidente Bush no debe ser acogida por las cortes estatales ya que implicaría que éste se convertiría en un órgano que ordenará la aplicación de legislación o jurisprudencia *y este poder no se le ha conferido al Ejecutivo en la Constitución*. “If for example the ICJ finds that the United States violated a particular defendant’s

### a. El rechazo de los tratados por el Congreso

¿Qué sucede si una disposición de un tratado y una ley del Congreso están en conflicto?

Además de una posición claramente dualista, la respuesta en los Estados Unidos es que ninguna es superior a la otra y prevalece la posterior. *Leges posteriores priores contrarias abrogant*.

Es decir que las obligaciones internacionales no disminuyen los poderes del Congreso. Es claro que la abrogación de un tratado por una ley federal posterior sería una violación del tratado a los ojos de la otra u otras partes. En esos casos, la Corte ha dicho que entra la materia en el campo de las relaciones internacionales. "Its infraction becomes the subject of international negotiations and reclamations, so far as the injures party chooses to seek redress which may in the end be enforced by actual war. It is obvious that with all this the judicial courts have nothing to do and can give no redress"<sup>54</sup>.

El rechazo o abrogación de los tratados por ley federal se estableció por primera vez en una opinión del Attorney General en 1854<sup>55</sup>. Al año siguiente la doctrina fue adoptada judicialmente en una prolongada y profunda opinión del Juez Curtis en una decisión de la Corte de Circuito en "Taylor vs. Morton"<sup>56</sup>. "Congress by legislation and so far as the people and authorities of the United States are concerned, could abrogate a treaty made between this country and another coun-

---

right under international law and such a decision constitutes an international law obligation on the part of the United States [...] it does not necessarily constitutes binding federal law enforceable in US Courts [...] While treaties may comprise international commitments they are not domestic law unless Congress has either enacted implementing statute or the treaty itself conveys an intention that it be self executing and is ratified in these terms", "Medellín vs. Texas", 128 S. Ct 1346, 1356 (2008).

54. "Head Money Cases", 112 US 580, 599 (1884).

55. 6 Ops Atty. General 291.

56. 23 Fed Cases 78 N° 13 CCD Mass 1855. Ver también: "The Cherokee Tobacco", 78 US 11 Wall 616 (1871); "United States vs. forty three gallons of whisky", 108 US 491, 496 (1883). "Botiller vs. Domínguez", 130 US 238 (1889). "The Chinese Exclusion Case", 130 US 581, 600 (1889); "Fong Yue Ting vs. United States" 149 U.S. 698, 721 (1893).

try which had been negotiated by the President and approved by the Senate”<sup>57</sup>.

### *b. Los tratados frente a leyes federales anteriores*

Si bien hay numerosos casos en que la Corte ha confirmado que leyes posteriores derogan tratados<sup>58</sup>, el Juez Marshall ya había dicho que lo opuesto podía ser posible también; es decir, que un tratado autoejecutable sea ley suprema y prevalezca sobre una ley anterior<sup>59</sup>. El tema se vincula a la cuestión del carácter autoejecutable de un tratado, o si para ello se necesita legislación federal que lo haga efectivo. ¿Qué sucede si un tratado le da a un particular o particulares el derecho a ejercitar un derecho ante un Tribunal?

Ya en 1801 la Corte Suprema entendió que había tratados que otorgaban derecho a los individuos y reconoció los mismos al peticionante<sup>60</sup>.

57. “La Abra Silver Mining Co. vs. United States”, 175 US 423, 460 (1899). En contra. “Reichart vs. Felp”, 73 US 6 Wall. 160, 165, 166 (1868), donde se establece lo contrario: “Congress is bound to regard the public treaties and it has no power to [...] nullify Indian titles confirmed many years before”.

58. “A treaty, as the law of the land, is superior to any State legislation, and is valid even as a municipal regulation, until superseded by some act of Congress”. “Ware vs. Hylton”, 3 Dall. 236; “Taylor vs. Morton”, 2 Curtis, C. C. 454; 1, Story on Const., sect. 1838; “Worcester vs. Georgia”.

59. “Foster vs. Neilson”, 27 US 2 Pet 253, 314-315 (1829). “United States vs. Percheman”, 32 US 7 Pet 51 (1833). Una excepción es “Cook vs. United States”, donde una Corte dividida estableció que un Tratado de 1924 con Gran Bretaña referido a la inspección de buques ingleses interpretó una sección de la Tariff Act de 1922 en un caso de contrabando de licor que establecía que los oficiales del servicio de guardacostas podían inspeccionar y apresar un velero o buque que estuviera en un área de 4 leguas o 12 millas de la costa, en el sentido de que eso debía equivaler a la distancia posible de ser atravesada por un buque en una hora. La dificultad con el caso es que la Tariff Act había sido renovada en 1930 así que por el criterio de la ley posterior se llegaba a un resultado diferente. Debe sospecharse que la impopularidad en que había caído la prohibición y el deseo de evitar una controversia diplomática con el Reino Unido si la captura se hubiese llevado a cabo fueron grandes influencias en la decisión de la Corte.

60. En “Foster vs. Neilson”, el Juez Marshall explicó que un Tratado debe ser considerado por los Tribunales como ley “as equivalent to an act of the legislature

Algunas veces de la propia naturaleza del tratado se determina si se requiere ejecución legislativa o tiene la intención de ser autoejecutable. Algunos entienden que la calidad de autoejecutable depende de si la obligación está impuesta en los individuos particulares o en las autoridades públicas<sup>61</sup>. En otro caso se refería a un tratado con tribus indias, donde la tribu cede territorio, y luego ese territorio está incluido en el Estado de Minnesota. La Corte establecía que en los territorios cedidos, el tratado continuaba en vigor<sup>62</sup>.

En “*Missouri vs. Holland*”<sup>63</sup>, los Estados Unidos y Gran Bretaña habían firmado un tratado para la protección de las especies de aves migratorias<sup>64</sup> y el Congreso había legislado sobre el tratado para hacerlo efectivo<sup>65</sup>. El Estado de Missouri objetó entendiéndolo que esa legislación es materia reservada a los Estados de acuerdo a la décima enmienda y que la ley la afectaba.

Haciendo notar que los tratados son la ley suprema de la Nación el Juez Holmes dijo que si “El tratado es válido no puede haber dudas sobre la necesidad de la ley federal de acuerdo al Artículo I § 8 como medio necesario y adecuado para ejecutar los poderes del Gobierno”<sup>66</sup>.

---

whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision”. A treaty will not be self executing however “when the terms of the [treaty] stipulation refers to a contract, when either the parties engage to perform a particular act. When this is the case the treaty addresses itself to the political not the judicial department and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court”.

61. “*United States vs. Schooner Peggy*”, 5 US 1 Cranch 103 (1801), aplicando un tratado que entra en vigor después de una ley y que modificaba todos los tratados vigentes entre los Estados Unidos y Francia: “The obligation of a treaty, the supreme law of the land, must be admitted by the Court. The execution of the contract between the two nations is to be demanded from the executive of each nation; but where a treaty affects the rights of parties litigating in court, the treaty as much binds those rights, and is as much regarded by the court as an act of Congress”.

62. “*U.S. vs. forty three gallons of whiskey*”, 93 U.S. 188 (1876).

63. 326, 252 U.S. 416 (1920).

64. 327, 39 Stat 1702 (1916).

65. 40 Stat 755 (1918).

66. “*Missouri vs. Holland*”, 252 US 416, 432 (1920). “[...] Since the treaty and the statute dealt with a matter of national and international concern, the treaty was proper and the statute was necessary and proper to effectuate the treaty”.

**VI. CLÁUSULA DE LA SUPREMACÍA. RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS Y LAS LEYES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Nuestra Corte ha admitido tempranamente la posible operatividad inmediata de normas internacionales. Así interpretó que la Convención sobre Abordaje, Asistencia y Salvamento, firmada en Bruselas en 1910 y aprobada por Ley N° 11.132, quedó de hecho incorporada al Código de Comercio<sup>67</sup>. Sin embargo, la Corte estableció en uno de los casos más famosos que el dualismo en tiempos de paz se basa en la distinción entre las normas internacionales y el derecho interno<sup>68</sup>. Esto suponía que los tratados debían convertirse en ley interna para que tuvieran eficacia jurídica. Además especificó por entonces que las normas contenidas en los tratados no resultaban de aplicación inmediata, sino programáticas.

En el Caso "Merck", el Gobierno Argentino había dictado el Decreto Ley N° 69.457/1945 declarando el estado de guerra con Alemania y Japón y los DL Nros. 7.327/1945 y 11.599/1946, procediendo a la confiscación de los bienes del enemigo, luego ratificados por las Leyes Nros. 12.837 y 12.838 del Congreso establecido en 1946<sup>69</sup>. El caso es interesante por varias razones, no solo porque hace una distinción clara entre el derecho consuetudinario y los tratados, sino porque también tiene una dosis de política, de realismo y de actualidad que impresionan: "[...] corresponde dejar establecido, en primer término, que cualquiera fuera la inteligencia o alcance que se pretenda asignarles, no cabe discusión alguna sobre la existencia y preexistencia de los poderes de guerra por cuanto los principios rectores de que están informados en mira a la salvaguarda de la integridad e independencia nacional o salud y bienestar económico que significan uno de los objetivos primarios de toda sociedad civil (*El Federalista* N° XLI) sin forzosamente contrariar y llegado el caso como normas superiores la propia Constitución confiada a la

67. Caso "Quebrachales Fusionados c/ Capitán, armadores y dueños del buque Águila s/ indemnización", *Fallos*: 150:84, del 9 de diciembre de 1927; "Compañía de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. c/ dueño y otros del vapor Duquesa", del 25 de junio de 1932 (*Fallos*: 165:144), en sentido similar.

68. "S.A. Química Merck c/ Gobierno Nacional", 9-6-1948, *Fallos*: 211:162.

69. Ídem.

defensa de los ciudadanos argentinos (Art. 21) y cuya supervivencia futura como la supervivencia y plenitud de todos los beneficios que ella acuerda o protege quedan subordinadas a las alternativas del estado de guerra defensiva, al cual el país puede encontrarse avocado en cualquier momento [...] que a mérito de este razonamiento, ajustado por otra parte a la realidad circundante en las últimas conflagraciones universales, puede afirmarse que si bien en la superficialidad aparente de los hechos, el fin no justifica los medios o que la victoria no da derechos, como enfáticamente lo tiene proclamado la República desde tiempo atrás [...] ello no puede traducirse en el renunciamento total que coloque a la Nación en el camino de la derrota, su desmembramiento interno, y su desaparición como unidad soberana”.

“La realidad jurídica no puede prescindir de la realidad de la vida, que es la que explica la razón de su organización política y flexibiliza o adapta la letra de sus instituciones básicas. De allí que la generosidad y el hondo humanismo de que están impregnadas las doctrinas argentinas no pueden convertirse en el instrumento de su perdición frente a cualquier enemigo que practique doctrinas opuestas fundamentadas en el derecho de victoria”.

En el Caso “Editorial Nogueer”, del 18 de mayo de 1962, la Corte determinó por mayoría que el Artículo 3º de la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, del 6 de septiembre de 1952, debe aplicarse automáticamente por cuanto resultaba del Decreto Ley N° 12.088/1957 y de lo establecido por el Artículo 31 que el citado Artículo 3º modifica lo dispuesto por la Ley N° 11.723 de propiedad intelectual<sup>70</sup>. En otros casos, en cambio, falló de forma diferente igualando jerárquicamente a la ley con el tratado, fundándose en doctrina y jurisprudencia americana<sup>71</sup>.

70. “Editorial Nogueer”, *Fallos*: 252:262.

71. “Martin y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos”, del 6 de noviembre de 1963. Se trataba de un decreto que modificaba un Tratado que establecía exención de tasas (*Fallos*: 257:99); y el caso “Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Nación Argentina”, del 5 de junio de 1968 (*Fallos*: 271:7), referido al Decreto N° 5.135/1955,



Esto cambió en el Caso “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, en que la Corte sostuvo: “[...] la necesaria aplicación del Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios del derecho público constitucional– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”. “Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad el Estado por los actos de sus órganos internos”<sup>72</sup>.

La discusión sobre la posición jerárquica de las normas quedó zanjada por la reforma de 1994, pues el nuevo inciso 22 del Artículo 75 (anteriormente Art. 67, inc. 19) establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes ratificando los previos criterios de la Corte citados. El Artículo 31 queda pues restringido en su texto, ya no como ordenador jerárquico de los tratados y las leyes, sino solo como regulando la supremacía del derecho federal sobre el provincial. De tal modo la Constitución de 1994 instala la superioridad de los tratados sobre las leyes y equipara a ciertos tratados con la Constitución.

En su consecuencia, determina el siguiente ordenamiento federal:

1. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional (Art. 75, inc. 22, Parágrafos 2 y 3).
2. Otros tratados internacionales (Art. 75, inc. 22, Parágrafo 1).
3. Leyes nacionales y decretos de necesidad y urgencia.
4. Decretos reglamentarios, delegados y autónomos.

---

que establecía gravámenes para introducir vehículos y abrogaba disposiciones del Convenio Comercial entre Argentina y Estados Unidos del 14 de octubre de 1941.

72. Caso “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7-7-1993. Ver “Hagelin Ragnar vs. Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 316:3176, 22-12-1993; y “Café La Virginia s.a. s/ apelación”, *Fallos*: 317:1282, 10-10-1994.



Con respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, la Corte ha elegido orientarse en esa materia por la jurisprudencia de la Corte Interamericana como órgano que fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos del sistema de derechos humanos interamericano. Así fundamentó en el fallo “Giroldi” de 1995: “Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del Artículo 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Artículo 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990)”.

La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido y está establecida por voluntad expresa del constituyente en el Artículo 75, inc. 22, 2° párrafo. De allí que la jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoce competencia a la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana conforme al Artículo 75, CN, Artículos 62 y 64 de la Convención Americana y Artículo 21, Ley N° 23.054<sup>73</sup>.

73. “Giroldi, Horacio D. y otro”, CS, abril 7-1995.

## VII. LOS ESFUERZOS DE INTEGRACIÓN A NIVEL SUDAMERICANO

Cabe, por último, hacer una referencia, siquiera somera, a los trabajos que conjuntamente con otros países se han ido realizando, en el camino de integrar esfuerzos en el subcontinente.

El Tratado de Asunción que entró en vigor en diciembre de 1991 fue inscripto en la ALADI como “Acuerdo de Complementación Económica N° 18”. Desde entonces y como es habitual en todos los procesos graduales de integración nuevos acuerdos y protocolos han completado y modificado el Acuerdo Constitutivo dándole un perfil más actual. Así los Protocolos de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, el de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 y el de Olivos del 18 de febrero de 2002, entre otros. El Tratado de Asunción no posee ninguna característica de integración, a saber: supranacionalidad en sentido estricto con estructuras permanentes, medios financieros y personales propios, establecimiento de órganos comunitarios y jurisdiccionales. Es entonces un proceso de integración *in status nascendi*<sup>74</sup>.

Más recientemente, ha surgido otra incipiente estructura, la Unión de Naciones Sudamericanas; es una organización intergubernamental con tendencias supranacionales, que pretende integrar dos bloques, los que a su vez pretenden ser uniones aduaneras, el Mercosur y el Pacto Andino. Su modelo es la Unión Europea, y su tratado constitutivo fue firmado el 23 de mayo de 2008 en el transcurso de la Cumbre de Jefes de Estado en Brasilia. Sus miembros se han inspirado en las Declaraciones de Cuzco del 8 de diciembre de 2004; Brasilia, del 30 de septiembre de 2005 y Cochabamba, del 9 de diciembre de 2006.

Es el último hito en una serie de intentos por lograr la integración efectiva de los países del continente. Muchos entienden, sin embargo, que ya es solo un pedazo de papel. Las diferencias y divisiones regionales que desde décadas afectan al continente no se verán superadas por este nuevo tratado que intenta fusionar las instituciones de integración económica y crear asimismo una integración de carácter político. Las doce naciones que la componen son: Argentina, Bolivia,

74. CAÑARDO, Hernando V., “El Mercosur en su vigésimo aniversario”, *elDial.com*, DC1578, publicado el 12-4-2011.

Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela, Uruguay y Surinam. Su sede y Secretaría Ejecutiva deben estar en Quito, Ecuador; mientras que el Parlamento está previsto se reúna en Cochabamba, Bolivia<sup>75</sup>.

Una consecuencia de esto ha sido la aprobación del Convenio Constitutivo del Banco del Sur, suscrito el 26 de septiembre de 2009. La Cámara de Diputados, a través de la Ley N° 26.701, se convirtió en el cuarto país en darle ratificación parlamentaria al convenio de constitución de la entidad. El Banco del Sur es una iniciativa que se oficializó en febrero de 2007, cuando el entonces Presidente argentino rubricó el memorando para su creación, con el objetivo de impulsar una alternativa a los organismos tradicionales de crédito. El 9 de diciembre de ese año –un día previo a la asunción de la nueva Presidente–, el proyecto de la entidad fue puesto en marcha formalmente en Buenos Aires por mandatarios y autoridades de los siete países fundadores (Venezuela, Argentina, Brasil, Ecuador, Uruguay, Bolivia y Paraguay), mientras que en septiembre de 2009 ese grupo de naciones firmó en la venezolana isla Margarita el Convenio Constitutivo del Banco del Sur<sup>76</sup>.

### VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar queda claro que la Constitución argentina vigente recepta gran parte del *corpus* del derecho internacional general, al incluir las disposiciones en su ordenamiento supremo, siguiendo en parte los postulados del monismo, con primacía del derecho internacional.

Si bien la cláusula de la supremacía fue tomada de la Constitución americana, se ha seguido un camino divergente pues la Argentina otorga supremacía al tratado sobre la ley, tanto por la jurisprudencia de la Corte como por su texto constitucional, que del dualismo

75. CAÑARDO, Hernando V., "La UNASUR", *elDial.com*, DC1382, publicado el 7-6-2010.

76. CAÑARDO, Hernando V., "El Banco del Sur. Ley N° 26.701", *elDial.com*, DC173F, publicado el 7-11-2011.

extremo pasa a un dualismo moderado. Estados Unidos mantiene los postulados del dualismo extremo, como se vio del análisis de su jurisprudencia.

En su interpretación y aplicación –o sea el derecho vigente– puede distinguirse un régimen más estricto en relación a los tratados de derechos humanos en los cuales a partir de la jerarquía constitucional asignada a un grupo significativo, aplicando un criterio similar al de la Corte Europea de Justicia de las Comunidades, hay un seguimiento escrupuloso y aún expansivo con respecto a la doctrina de la Comisión, y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este criterio está solo reservado al tema de derechos humanos y no a los demás tratados, especialmente los relacionados con los de integración, en los que se tolera sean incumplidos permanente y sistemáticamente.

Como reflexión final de este recorrido por la dimensión internacional de la Constitución en su texto y jurisprudencia, resulta oportuno recordar un tramo del discurso de despedida de George Washington –*George Washington's Farewell Address*–, de 1796. El texto es el adiós de un prócer y Presidente que con toda la sencillez de un ciudadano habla a sus pares, y si bien la parte más conocida es cuando advierte a los Estados Unidos que no forme alianzas fuera de sus intereses naturales, palabras que son recordadas ominosamente cada vez que Estados Unidos interviene en guerras lejanas; en este caso la parte pertinente del texto hace mención a la necesidad de reforzar la Constitución y no reformarla, y a las relaciones comerciales con los demás Estados, dos temas a los que la Argentina y sus dirigentes deberían prestar atención. Con respecto a la Constitución afirma: “Towards the preservation of your government, and the permanency of your present happy state, it is requisite, not only that you steadily discountenance irregular oppositions to its acknowledged authority, but also that you resist with care the spirit of innovation upon its principles, however specious the pretexts. One method of assault may be to effect, in the forms of the Constitution, alterations which will impair the energy of the system, and thus to undermine what cannot be directly overthrown. In all the changes to which you may be invited, remember that time and habit are at least as necessary to fix the true character of governments as of other human institutions; that expe-

rience is the surest standard by which to test the real tendency of the existing constitution of a country; that facility in changes, upon the credit of mere hypothesis and opinion, exposes to perpetual change, from the endless variety of hypothesis and opinion [...]"

En relación al comercio internacional expresa: "Harmony, liberal intercourse with all nations, is recommended by policy, humanity, and interest. But even our commercial policy should hold an equal and impartial hand; neither seeking nor granting exclusive favors or preferences; consulting the natural course of things; diffusing and diversifying by gentle means the streams of commerce, but forcing nothing; establishing (with powers so disposed, in order to give trade a stable course, to define the rights of our merchants, and to enable the government to support them) conventional rules of intercourse, the best that present circumstances and mutual opinion will permit, but temporary, and liable to be from time to time abandoned or varied, as experience and circumstances shall dictate; constantly keeping in view that it is folly in one nation to look for disinterested favors from another; that it must pay with a portion of its independence for whatever it may accept under that character; that, by such acceptance, it may place itself in the condition of having given equivalents for nominal favors, and yet of being reproached with ingratitude for not giving more. There can be no greater error than to expect or calculate upon real favors from nation to nation. It is an illusion, which experience must cure, which a just pride ought to discard".