

RÉGIMEN DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO

Beatriz PALLARES
Laura AGUZIN*

SUMARIO: I. *La complejidad del sistema jurídico*. II. *Orden jurídico mundial y derecho nacional*. III. *Los sistemas jurídicos nacionales*. IV. *El sistema jurídico argentino*. V. *Conclusiones*.

I. LA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

Todo orden jurídico tiene la pretensión de establecer un sistema que por una parte brinde una solución sustancial al caso y por otro garantice que todo litigio encuentre un juez. En otras palabras, el planteamiento de normas objetivas que designen los comportamientos autorizados y los no autorizados, así como también los procedimientos objetivos para aplicar esas normas.

Durante mucho tiempo el Estado fue el marco de ese mecanismo, ya que detentaba el monopolio de la instauración de la ley y por consiguiente el ejercicio de la coerción, atributos de la soberanía que le otorgaba la exclusividad de la competencia sobre su territorio. Esto no significaba que todas las normas procedieran del Estado, ya que las costumbres eran generadas por las sociedades mismas y los contratos son compromisos que las personas suscriben entre sí. Pero el Estado era el garante de la validez y de la aplicación de todas las reglas y establecía su jerarquía en función de un “orden jurídico” cualquiera que éste fuera.

Hoy, la identificación del concepto de soberanía con el Estado-nación es cuestionada.

* Profesoras de derecho internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, República de Argentina.

Si bien el establecimiento de las relaciones entre gobierno, capital y trabajo corresponde en principio a los Estados nacionales, diversas normas determinan una asignación equilibrada de recursos entre los factores de la producción, así como los sistemas de seguros de desempleo, edad de las jubilaciones, subvenciones a los sistemas educativos y de salud.

La apertura internacional de los mercados (regional o global) ha quitado esa capacidad de decisión al Estado nacional, presionando para que se adopten medidas de política económica y laboral condicionadas por las reglas de competencia del mercado. Desde otra perspectiva, la necesidad de financiamiento externo ha llevado a Estados como el argentino a la suscripción de una catarata de tratados de protección de inversiones en un intento de lograr el mejor posicionamiento del país a partir de la garantía de debido acatamiento a reglas claramente establecidas y respetadas por todos los estamentos de la sociedad. La suscripción de estos tratados internacionales no sólo tendrá repercusión sobre el sistema jurídico en los aspectos específicos (régimen de la inversión extranjera y régimen de solución de conflictos), sino que su incidencia puede atravesar el derecho positivo argentino.

Ese cuestionamiento se traslada al análisis del poder de generar el sistema de reglas de solución de conflictos y establecer los foros y procedimientos para lograr la aplicación de esas normas.

Así, la labor de los legisladores se ve fuertemente impactada por la pertenencia del país a sistemas mundiales (OMC), regionales (ALADI), y subregionales (Mercosur).

Esta es una reflexión que hace a la necesidad explicar el derecho como un sistema. Si se escinde el contexto internacional, no se estará enseñando el sistema jurídico actual.

El desarrollo contemporáneo de movimientos integracionistas, así como las perspectivas para el siglo XXI, indican que la integración habrá de extenderse, profundizarse y diversificarse. Por el momento, la extensión que ya ha adquirido es de tal trascendencia que se hace imposible comprender la realidad actual sin el estudio de los fundamentos y las consecuencias de la integración.

En el continente americano, la importancia de la integración tiene un hondo componente histórico. Hoy día, todos los Estados del continente participan de procesos de integración subregional, a la vez que negocian un acuerdo de libre comercio a escala continental.

Los procesos de integración reconocen por lo general objetivos económicos y comerciales. Se encuentran condicionados por las particulares circunstancias históricas que rodean a las relaciones entre los Estados que se integran. En tanto afectan profundamente el marco social y cultural de esos Estados, requerirán que el derecho le brinde los elementos institucionales y normativos adecuados para lograr sus objetivos.

No se trata solamente de analizar la inclusión de los tratados que conlleven el proceso de ratificación, sino también de analizar la internalización de toda aquella normativa a que da lugar esos tratados.

II. ORDEN JURÍDICO MUNDIAL Y DERECHO NACIONAL

Las dificultades para acceder al conocimiento de las reglas vigentes no son sólo un problema de particulares que deben acatarlas, sino que repercute sobre la vida económica de la sociedad al no asegurar condiciones mínimas de certeza que garanticen la circulación de bienes. Esas dificultades se hallarán presentes también en el desarrollo de la labor parlamentaria en cualquiera de los ámbitos y niveles que ésta desarrolle.

Desde el punto de vista de los particulares, estas dificultades son visualizadas como pérdida de seguridad jurídica.¹ El hacedor de las normas no debería perder de vista la merma de seguridad jurídica como causa de generación de responsabilidad para el ente que le confiere la facultad de legislar.

Los ámbitos de producción normativa configuran un tema que requiere su tratamiento particularizado. En tanto que la definición de labor parlamentaria propone un desarrollo de otra índole habida cuenta de que ésta no se agota en la desplegada por las legislaturas nacionales, sino que además debe tenerse en cuenta la cumplida por los distintos entes nacionales y subnacionales que tienen competencia para la formulación de reglas de carácter general, obligatorias tanto para el mismo Estado como para terceros.

En la formulación de los condicionamientos y dificultades que afronta hoy la labor parlamentaria, cabrá considerar que el derecho en la sociedad capitalista actual difiere de las formulaciones de épocas anteriores por su pretensión de sistematicidad, de exactitud, de fiabilidad e incluso de completud de la que careció el derecho premoderno.

¹ García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

La predecibilidad del derecho ha sido siempre planteada en la búsqueda de la seguridad jurídica. Pero hoy aparece un nuevo factor de exigencia. La pretensión y la necesidad de librar al tráfico de mercaderías de motivos de incertidumbre ha presidido la construcción de una juridicidad compulsiva que intenta reglamentar cualquier cosa imaginable. Este fenómeno como tal no es nuevo y de ello dan razón el movimiento codificador tanto en el orden nacional como en el orden internacional. Pero en los últimos años y bajo el impacto del fenómeno de la globalización económica adquiere una nueva fisonomía y se plantea en una proyección poco imaginable en épocas anteriores.

El derecho moderno es fruto de una construcción, del que suele decirse que es un derecho legislado por parlamentos e interpretado por tribunales, académicos y juristas prácticos.² En líneas generales su estructura es muy similar en las sociedades occidentales, y si bien el *Common Law* presenta particularidades en las que se aparta en el plano técnico de la línea de estructuración principal, los problemas que se señalan en este trabajo no le son ajenos y resulta interesante considerar los mecanismos instalados desde la creación del *American Law Institute* (ALI) para solucionarlos.

El llamado “derecho de la modernidad” ha sido construido en dos grandes movimientos. El primer momento corresponde a la primera industrialización y a las revoluciones políticas burguesas (siglo XIX), en que se ponen las bases del individualismo jurídico. Es el momento del auge del derecho privado moderno. La práctica del comercio internacional lo hará más ágil e informal. El segundo movimiento corresponde a la producción masiva y al Estado intervencionista que se afianza a mediados del siglo XX, en que la necesidad de garantizar la supervivencia del sistema mediante la intervención pública en las relaciones privadas, impulsó la modernización del derecho público.³

Se podría decir entonces que los Estados de conformación democrática occidental siguieron en el siglo XX los siguientes impulsos generales: en primer lugar hacia el afianzamiento de los derechos y libertades básicas, y en segundo lugar un proceso de intervencionismo estatal encaminado a la constitución de un sector público económico fuerte.

² Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórica teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, p.172.

³ *Ibidem*, p.173.

Pero al finalizar el periodo y sin que el Estado deje de intervenir en la economía, el intervencionismo cambiará de signo y se asistirá al fenómeno de las privatizaciones y de la reforma del Estado, que a su vez abrirán paso a la globalización.

Por otra parte puede reconocerse también que ha existido un impulso simultáneo al anterior hacia la redistribución de bienes a los menos favorecidos, que fue traducido en una “segunda generación” de derechos básicos y en la constitución funcional y orgánica del Estado asistencial.

En el plano internacional se presencia un impulso hacia la explicitación de la legalidad interestatal y hacia la creación de instituciones internacionales, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

El fin de la década de los setenta marca el principio de la crisis del Estado intervencionista y asistencial y la generación de un nuevo orden. En esa gran transformación que se producirá en pocos años pueden distinguirse dos macrofenómenos interdependientes entre sí: una mundialización (desigual) de las relaciones sociales y una nueva revolución industrial.

La mundialización desigual de las relaciones sociales es una globalización que crea relaciones de interdependencia entre distintas poblaciones del planeta.⁴ Ésta impone una nueva estructura o campo de poder: la forma del Estado pierde su primacía al subordinarse a un soberano supraestatal de carácter difuso, con una asignación de funciones nueva en este campo interrelacionado.

El derecho estatal que regulaba tradicionalmente el marco de las actividades privadas, que establecía el orden público de la esfera privada, además ha sufrido del impulso desregulador, el impacto de los fenómenos ligados a la mundialización.⁵

Se asiste al debilitamiento de la pretensión de los sistemas jurídicos de proveer soluciones de fondo, así como los ámbitos jurisdiccionales, que fundaba en cierto modo la aspiración de completud de los sistemas nacionales, y por otra parte también la pretensión de protagonismo estatal.

⁴ La mundialización configura un sistema desigual: con un “sur” del mundo infradotado cuya periferia se hunde en la miseria y un “norte” trifocal (alrededor de Japón, la Unión Europea y Norteamérica) con su propio entorno.

⁵ Estos fenómenos son la instantaneidad de ciertos intercambios y la generalización de lo que se ha dado en llamar la ingeniería financiera. *Ambos factores tienden a convertir el orden jurídico público estatal, hasta ahora determinante, en un mero condicionante, soslayable para algunos sujetos en algunas circunstancias.* Así, el orden económico de la esfera privada quedará en parte sustraído al derecho estatal.

Actualmente, ya no es el Estado el único marco de los mecanismos de generación normativa. Ya no detenta el monopolio de la instauración de la ley y por consiguiente el ejercicio de la coerción, atributos de la soberanía que le otorgaba la exclusividad de la competencia sobre su territorio.

Así, el Estado ya no detenta con exclusividad el carácter de ser el garante de la validez y de la aplicación de todas las reglas, y quien establece —real y formalmente— su jerarquía en función de un “orden jurídico” cualquiera que éste fuera.

La globalización y los procesos de integración han sometido a la soberanía estatal a una gran tensión, dado que las reglas e instituciones internacionales pasan a ser más intrusivas, la sociedad civil transnacional más activa y el control del Estado unitario menos pronunciado. La soberanía estatal como concepto normativo es cada vez más cuestionada, especialmente con base en un criterio funcional conforme al cual el Estado pierde su prioridad normativa y compite con actores supranacionales, internacionales, privados y locales en la atribución de la autoridad regulatoria.⁶

Los cuestionamientos que recibe actualmente la noción tradicional de soberanía se trasladan al análisis del poder de generar el sistema de reglas de solución de conflictos y establecer los foros y procedimientos para lograr la aplicación de esas normas.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, profundamente impactados por las normas de la sociedad internacional, se encontrarán en un proceso de cambio permanente.

Por una parte el proceso de transformación se visualiza como incierto e inestable, y por otra las políticas estatales han de tener en cuenta que el desplazamiento de la soberanía a favor de un criterio funcional intensificará la desigualdad reduciendo el crítico rol que juega el Estado a partir de lo que ha dado en llamarse el proceso de “reforma del Estado”.

Si bien no se propugna el abandono del concepto de soberanía, los condicionamientos provenientes de la realidad internacional son reconocidos como instrumentos de carácter estrictamente indispensable para la formu-

⁶ Así se puede visualizar que si bien las relaciones entre gobierno, capital y trabajo corresponden en principio a los Estados nacionales, diversas normas determinan una asignación equilibrada de recursos entre los factores de la producción, así como los sistemas de seguros de desempleos, edad de las jubilaciones, subvenciones a los sistemas educativos y de salud.

lación de las políticas legislativas en aquellas áreas que han sido fuertemente impactadas por las normas internacionales.⁷

Los condicionamientos son de distinta índole y provendrán de fuentes diferentes. Por una parte habrá que considerar que el número creciente de pactos internacionales que reflejan los movimientos de mundialización y regionalización producen un curioso entramado de convenios que impactarán sobre la creación normativa estatal.

Por otra parte, se observa que, en los ámbitos relacionados con la producción normativa, aparecen tendencias objetivas contrarias a la juridicidad pública. Los grandes agentes económicos y conglomerados de intereses optan por la desregulación y lo que podría llamarse deslocalización normativa. Fundamentalmente hay que considerar que esos grandes agentes económicos también construyen privadamente la *nueva lex mercatoria* que rige metaestatalmente sus relaciones y establece directrices para las políticas y los derechos estatales.

III. LOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES

Las relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno se proyectan en dos resultados tan obvios como indeseables: el aumento de la inseguridad jurídica y la responsabilidad del Estado.

En el primer caso, ello devendrá de la contradicción existente entre las normas de fuente internacional y de fuente interna, con su correlativa cuestión de la supremacía de un orden sobre el otro.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que los Estados nacionales americanos han adoptado distintas posturas respecto de la internalización del derecho internacional en sus órdenes jurídicos nacionales. En algunos casos esto resulta reflejado en las propias Constituciones y en otros en la jurisprudencia de sus Tribunales Superiores.⁸

La falta de cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos asumidos internacionalmente, aun cuando se funde en la defensa de su or-

⁷ La redefinición del actual concepto de soberanía estatal en un mundo globalizado no sería extraña a esta exposición, pero excedería en mucho los propósitos prefijados de señalar meramente los condicionamientos que marcan el desempeño de la labor legislativa.

⁸ Así, la Suprema Corte mexicana en octubre de 1999 cambió la tesis sustentada en su jurisprudencia anterior, aceptando el principio de la supremacía de los tratados sobre el derecho de fuente interna. En tanto que en Brasil y Uruguay se han producido decisiones contrarias.

den jurídico interno, nos enfrenta a la problemática de la responsabilidad de Estado.

Esta responsabilidad del Estado se visualiza con mayor claridad en los convenios suscritos en áreas económicas, pero debe advertirse que también se genera como consecuencia de la merma en la seguridad jurídica producida por la inobservancia de la obligación de proveer de reglas claras, y sistemas y foros previsibles para la defensa de los derechos de los administrados.

Se plantea para los parlamentos la necesidad de aportar soluciones que eliminen la ambigüedad y la incertidumbre en el acceso al conocimiento de las normas vigentes, que proporcionen en definitiva mayor seguridad jurídica, tanto en previsibilidad como posibilidad para los individuos de acceder a la defensa de sus derechos.⁹

Sobre la cuestión —en sí compleja— de determinar cuáles son las reglas vigentes, se proyecta además la necesidad de tener en cuenta la existencia de sistemas mundiales, regionales, y subregionales que a su vez prevén distintos sistemas de producción normativa y de internalización de la normativa generada en el derecho interno. Por su parte las distintas Constituciones estatales no proveen respuestas homogéneas, complicando aún más el complejo panorama del derecho vigente en cada ámbito.

Conforme a ello, no será posible dar una respuesta unívoca del grado de vigencia que la misma norma —acordada en pactos internacionales— tenga entre los países pertenecientes al sistema, ni la jerarquía que los mismos guarden en relación con las restantes fuentes normativas.

Así pues, la descripción de los complejos marcos internacionales que incidirán en la elaboración de normas formales no agota la descripción del problema. Habrá de tomarse en cuenta que la labor de los parlamentos se realiza a partir de la organización que en cada ámbito nacional puede desprenderse de su respectiva carta magna. Y también que de las Constituciones formales de cada Estado nacional se desprenden distintas líneas organizativas que deben considerarse.

Por una parte, los sistemas federales de gobierno acuerdan a los parlamentos estatales o provinciales potestades legisferantes con competencia

⁹ Puede reiterarse un paralelismo de la problemática de la proliferación normativa en los ámbitos internacionales con el avance del poder reglamentario del Poder Ejecutivo, que conduce a similares resultados de incertidumbre respecto del derecho efectivamente vigente en materias de derecho público.

exclusiva en algunos temas y en otros concurrentes con el Estado federal. Además cabe considerar las competencias legisferantes o cuasi legisferantes reconocidas a otros entes territoriales (municipalidades y comunas) y aun la remisión a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Al considerar la actividad legislativa se planteará la cuestión del reparto de competencias entre el Estado federal y los restantes entes subnacionales a los que la Constitución estatal confiere atribuciones legisferantes o cuasi legisferantes.

La creación normativa en cualquiera de estos ámbitos requiere contar con la información actualizada y precisa respecto de las normas vigentes en el orden internacional, así como de las consecuencias de la vulneración de esos pactos. El más pequeño de los entes territoriales que impone una tasa al ingreso a su territorio de bienes provenientes del extranjero, está brindando la causa para una denuncia internacional por incumplimiento de pactos de liberación comercial y por tanto comprometiendo la responsabilidad del Estado.

Como correlato de lo expresado se asoma la necesidad de trabajar con una noción muy amplia de legislador. El parlamento no es sólo “El Parlamento” nacional sino que el universo de trabajo se expande hacia todos los organismos subnacionales que desempeñan funciones legisferantes. Así por legislador se comprenderá quien desempeña la actividad de generar normas de carácter general, obligatorias para sus propios estamentos y para terceros.

IV. EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

1. *La Constitución argentina*

La República Argentina reformó su Constitución en el año 1994. La reforma constitucional proyectó la necesidad de tratar las siguientes cuestiones: constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, consagración de la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley interna y consagración de la primacía de las normas de derecho comunitario sobre la ley interna.

A. *Consagración de la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley interna*

El artículo 31 de la Constitución argentina (que no ha sufrido modificación alguna en la aludida reforma de 1994) expresa el orden de primacía normativa del sistema jurídico nacional. Textualmente expresa que: “Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales”.

En el ordenamiento jurídico argentino, un tratado es un acto complejo federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (artículo 99, inciso 11, Constitución nacional), el Congreso Nacional los aprueba o los desecha mediante leyes federales (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional), y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional.¹⁰ Los tratados entran en vigencia conforme lo establecido por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados “de la manera y en la fecha que en que se disponga o que acuerden las partes negociadores” (artículo 24).

La expresión contenida en la primera parte del artículo 31 al mencionar en pie de igualdad a las leyes y los tratados internacionales, fue objeto de variadas interpretaciones por los tribunales de justicia, en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la doctrina que expresan los fallos “Ekmedjian, Miguel A c / Sofovich, Gerardo y otros”, “Fibraca Constructora S. C. A. c / Comisión Mixta de Salto Grande”, “Hagelin, Ragmar c/ Estado Nacional”, los tratados internacionales son actos orgánicamente federales, por lo que no podían ser derogados por una ley posterior, sino que sólo podían ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional. Se otorgaba a los tratados jerarquía superior a las leyes, pues la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que integraba el ordenamiento jurídico nacional les daba esa jerarquía, basándose en el artículo 27 de la misma Convención. La aplicación necesaria de este artículo imponía a los órganos del Estado argentino asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos equivalgan al in-

¹⁰ Fallos de la Corte Suprema de Justicia, 315: 1492.

cumplimiento de un tratado internacional. Esa conclusión resultaba más acorde con las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina había hecho propias y eliminaba la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos.¹¹

En la reforma constitucional de 1994, en lo que interesa a este estudio, se estableció como facultad del Congreso de la Nación en el artículo 75, inciso 22, del texto constitucional ordenado “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”, disponiendo que “Los tratados tienen jerarquía superior a las leyes”. Asimismo mantuvo la redacción original del artículo 27 que dispone que “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 en esta Constitución”.

Con la reforma constitucional concluye la evolución que en la materia había seguido la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación. En general, el Tribunal había considerado que los principios generales del derecho internacional tenían jerarquía superior a las leyes y eran directamente operativos, pero sostuvo un criterio diferente en relación al derecho convencional internacional. Así, se había sostenido que no existían obstáculos constitucionales para que las leyes derogaran los tratados dado que la Constitución no suponía un orden de prelación.

En el ya citado caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”,¹² la Corte Suprema había despejado la polémica que dividió durante décadas a la doctrina y la jurisprudencia argentinas y definió que “ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley”. Con la citada reforma, el actual artículo 75 en su inciso 22 indica también que ahora es contrario a nuestro sistema que una ley derogue parcial o totalmente la vigencia de un tratado en el orden interno. Es decir que el único camino para que esos instrumentos internacionales pierdan su vigencia en el orden interno es su denuncia por el procedimiento que el mismo tratado señala.

¹¹ Imaz Videla, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 14.

¹² *La Ley*, 1992 C, 540.

En el fallo “Cafés La Virginia S. A.” dictado con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte mantuvo su doctrina y sostuvo que:

La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado —además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional— vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), que esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el artículo 31 de la carta magna (y que) el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (artículo 31 de la Constitución) y sería un acto constitucionalmente inválido.¹³

Se concluye entonces que en el derecho argentino los instrumentos internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes nacionales, las cuales no podrán desconocer las obligaciones asumidas en ellos sin violar el derecho internacional, causar la responsabilidad internacional del Estado argentino y ser tachables de inconstitucionales.

En este aspecto, la reforma se inscribe en el movimiento que aparece en las últimas dos décadas en el derecho constitucional americano, especialmente en Centroamérica, donde ha existido una corriente favorable a conceder primacía a los tratados sobre las leyes. Es la solución adoptada por El Salvador, Honduras, Costa Rica y Guatemala.¹⁴

B. Constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos

El artículo 75, inciso 22, cita ocho tratados y dos declaraciones a los que se acuerda jerarquía constitucional. A éstos debe agregarse la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas que ha sido incorporada con posterioridad con jerarquía constitucional.¹⁵ Expresa además que, “en las con-

¹³ Imaz Videla, Esteban M., *op. cit.*, nota 11.

¹⁴ Colautti, Carlos E., “Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución”, *La Ley*, Buenos Aires, 1999, p. 68.

¹⁵ El Tratado fue aprobado por ley 24556 y se le confirió jerarquía constitucional por ley 24.820.

diciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional”. Sobre este párrafo se volverá más adelante.

Los tratados enumerados en el inciso 22 son: *a)* La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, *b)* La Declaración Universal de los Derechos Humanos, *c)* La Convención Americana sobre Derechos Humanos, *d)* El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *e)* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, *f)* La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, *g)* La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, *h)* La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *i)* La Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *j)* La Convención sobre Derechos del Niño.

El texto constitucional incluye una enumeración taxativa de instrumentos de desigual naturaleza jurídica, ya que incluye dos declaraciones. En el derecho internacional tratados y declaraciones tienen un valor diferente. Las declaraciones internacionales no pueden ser denunciadas puesto que no son tratados que vinculen jurídicamente.

Tampoco debió incluirse en esta enumeración el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos porque éste constituye una norma procesal por la cual el Estado reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, pero no crea ni modifica competencias en el orden interno.¹⁶

Otra cuestión que puede plantearse es el grado de integración con la Constitución que tienen estos tratados “con jerarquía constitucional”.

Para la parte de la doctrina argentina, la regla del artículo 22 señala que los instrumentos que enumera “tienen jerarquía constitucional”, lo que importa decir que “no forman parte de la Constitución, pero valen como ella”.¹⁷

En el mismo sentido se ha dicho que lo que corresponde afirmar es que las declaraciones y tratados de derechos humanos a los que el artículo 75, inciso 22, reconoce jerarquía constitucional sin estar incorporados a la Constitución y fuera de su texto, integran el llamado bloque de constitucio-

¹⁶ Rey Caro, Ernesto, *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1995, p. 48.

¹⁷ Sagües, Néstor Pedro, “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, *La Ley*, Buenos Aires, 1994-E, 1036.

nalidad federal. En ello reside precisamente la innovación: normas internacionales que se hallan fuera de la Constitución han recibido de ella su misma jerarquía, de modo de ubicarse a su lado en la cúspide de la pirámide jurídica, como provenientes de una fuente externa, colateral, heterónoma, que es el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸

Para otro sector de la doctrina, los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 se han incorporado a la Constitución, dado que tienen —de acuerdo con la norma citada— las características típicas de una norma constitucional: supremacía y mayor rigidez que las normas ordinarias.¹⁹

La cuestión dista de ser meramente semántica, porque todo ello atañe a la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de los pactos enunciados en el inciso 22. Si se entiende que los tratados forman parte de la Constitución, el control de constitucionalidad no procede y deberá lograrse una interpretación integrativa.

Por otra parte, si los tratados de derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 son textos incorporados, éstos podrán ser reformados en cuanto a su vigencia como normas constitucionales, sin necesidad de denunciar el tratado (artículo 30 de la Constitución). Los tratados continuarían vigentes en el orden internacional pero algunas o todas sus cláusulas carecerían de rango constitucional.

El desarrollo precedente no resulta un apartamiento de la propuesta inicial, ya que la problemática que surge del segundo párrafo del artículo 22 produce serias dificultades a la labor parlamentaria, que provendrán —como en los párrafos precedentes— del tratamiento constitucional de las normas de fuente internacional, y además y de manera específica de cuestiones propias del derecho internacional general.

Más arriba se citaba el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75, en cuanto otorga jerarquía constitucional a los tratados y declaraciones enumeradas, *en las condiciones de su vigencia*.

Esta cuestión puede enfocarse desde la perspectiva del derecho internacional o del derecho interno.

¹⁸ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, p. 555.

¹⁹ Colautti, Carlos E., *op. cit.*, nota 14, p.71 y del mismo autor “Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución”, *La Ley*, 1994-D, 1145.

Para los internacionalistas, las condiciones de vigencia se refieren a la vigencia internacional, lo que conducirá al análisis del estado de ratificaciones y de las reservas formuladas por nuestro país a la fecha de la ratificación.

El primer tema no ofrece mayores dificultades porque la totalidad de los instrumentos mencionados en el inciso 22 se encuentran vigentes en el orden internacional (número mínimo de ratificaciones, etcétera). Más complejo aparece el tema de las reservas y declaraciones interpretativas introducidas a la mayor parte de esos instrumentos internacionales.

La visión del tema desde la perspectiva internacional conduce a la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en el artículo 2o., inciso 2 a) define la “reserva como declaración unilateral cualquiera que sea su enunciado o denominación hecha por un Estado al firmar, ratificar o aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

A su vez, para que las reservas generen consecuencias en el orden internacional, es necesario que se hayan formulado cumpliendo los requisitos de forma y de fondo que establece la Convención de Viena y las condiciones particulares establecidas en cada uno de los tratados.

Así puede advertirse que no es una cuestión sencilla determinar cuáles son las normas contenidas en los tratados internacionales que se encuentran vigentes en el orden internacional.

Si en cambio la cuestión es examinada desde la perspectiva del derecho interno, no ofrecerá el mismo grado de complejidad, por cuanto el Congreso de la Nación puede otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados, aun cuando los mismos no se encuentren vigentes en el orden internacional. En estos casos el Congreso actúa como creador de derecho interno, dando a las normas la jerarquía que considera más conveniente de conformidad al artículo 75 inciso 22.

Pero esta perspectiva sólo resulta apta para el tratamiento de los tratados de derechos humanos constitucionalizados.

Una perspectiva distinta de análisis se impone cuando se trata de los demás tratados a los que el artículo 75 inciso 22 concede jerarquía superior a las leyes.

La problemática que plantean los tratados de derechos humanos constitucionalizados es de proyección y compatibilización entre los textos respectivos y en su proyección sobre las normas internas.

En cambio, la cuestión generada por la existencia de incontables tratados internacionales que tienen jerarquía superior a las leyes, comienza con el problema de acceso al conocimiento de los mismos.

Se podrá argüir que la informatización permite encontrar el tratado en los sistemas electrónicos de registro e información legislativa. Sin duda que podrá darse con el registro de la ley aprobatoria. Pero ello —como queda dicho— no resulta en absoluto suficiente para conocer la vigencia del tratado. El texto del tratado, reproducido por la ley que lo aprueba, es sólo eso. No informa sobre las condiciones de suscripción, las reservas efectuadas, la aceptación de las mismas, las relaciones existentes entre ese tratado y otros de la misma o de distintas fuentes, etcétera.

Claro está que los tratados internacionales se aplican en sus respectivos ámbitos de vigencia espacial o territorial, temporal y material. Pero la determinación del ámbito espacial de aplicación del tratado requiere el conocimiento actualizado del estado de ratificaciones del mismo, así como de las reservas y de su aceptación en lo que fuere pertinente. También en lo que respecta al ámbito material de aplicación del tratado se requiere de la publicidad de las reservas que pueden modificar por exclusión parte de la regulación contenida en el tratado.

Así, la determinación de su ámbito de aplicación implica la necesidad de contar con mecanismos de publicidad que otorguen certeza. A la fecha no hay previsión de sistemas de publicidad que permitan un acceso fácil y ordenado respecto de la identidad de los países signatarios de cada instrumento internacional, y mucho menos de registro y publicidad de las reservas.²⁰

Lo cierto es que la inexistencia en el país de un mecanismo que permita conocer el estado de ratificaciones, si las reservas han sido aceptadas o no por las partes contratantes y en su caso en qué condiciones se encuentran en vigor los tratados, trae graves dificultades a la hora de la aplicación de las normas de fuente internacional. Ello es advertido con relación a la aplicación por los tribunales,²¹ pero resulta aún más relevante desde la perspectiva parlamentaria, donde el desconocimiento del derecho vigente puede producir perjuicios de mayor generalidad que las sentencias.

²⁰ Rey Caro, Ernesto, *op. cit.*, nota 16, p. 50.

²¹ *Ibidem*, p. 51.

C. *Los tratados y el derecho nacional de fuente interna*

La Constitución argentina reformada reconoce distintos tipos de tratados. A los fines de este estudio interesa distinguirles en cuanto a sus relaciones con el derecho interno. Pueden distinguirse:

- a) Los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22.
- b) Los tratados sobre derechos humanos que puedan incorporarse con posterioridad siguiendo el procedimiento que sigue la misma norma.
- c) Los demás tratados concluidos con las demás naciones, con organizaciones internacionales y con la Santa Sede.
- d) Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales (artículo 75, inciso 24), distinguiéndose en esta categoría diferentes procedimientos cuando se trata de tratados con los Estados latinoamericanos y los que vinculen con otros Estados.
- e) Convenios internacionales que celebren las provincias con conocimiento del Congreso Nacional. Según el nuevo artículo 124 de la Constitución nacional, las provincias pueden celebrar tratados internacionales compatibles con la política exterior de la nación y acuerdos con las facultades delegadas al gobierno federal, que no afecten el crédito público de la nación y con conocimiento del Congreso de la Nación.

El párrafo anterior refería a los tratados de los incisos a y b. En lo que respecta a los tratados no constitucionalizados, enumerados como c, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, al tiempo que ha impuesto la expresa indicación del principio general de que “los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes”, ha otorgado jerarquía superior a las leyes a un número impreciso de tratados. Algunos de ellos aprobados por gobiernos de facto sin autorización del parlamento.

El Estado argentino no ha hecho aún un relevamiento completo de la totalidad de los tratados suscritos, y no existe certeza acerca de su contenido y su incidencia sobre numerosas relaciones: de familia, relativas a obligaciones laborales, al haz de derechos que nacen de la propiedad, etcétera.²²

²² Colautti, Carlos E., “Los tratados internacionales...”, *cit.*, nota 19.

La consagración constitucional de la primacía de los tratados internacionales en el sistema jurídico argentino conduce a la obvia conclusión de que la producción normativa nacional resultará condicionada en su interpretación y aplicación por las normas de fuente internacional y que, asimismo, las nuevas normas que se generen a partir de los parlamentos nacionales y subnacionales deben respetar esos marcos internacionales.

Pero la internalización de los tratados internacionales en el sistema jurídico responde a diferentes modos de manifestarse conforme el tipo de compromiso internacional contraído.

Como ha quedado dicho, una cuestión especial es la planteada por los tratados de derechos humanos, cuya constitucionalización operada por la reforma constitucional de 1994 fue expuesta en párrafos precedentes.

La jerarquía constitucional de las normas comprendidas en esos tratados conduce a la necesidad de reformar las normas del derecho nacional que contengan disposiciones contrarias a los principios en ellos recogidos. Por otra parte, la aplicación de los restantes tratados —no constitucionalizados— también deberá resultar consistente con los principios del sistema constitucional argentino.

En síntesis, los tratados constitucionalizados como parte del sistema constitucional son de aplicación en todas las materias comprendidas en los mismos, sin que quepa el análisis de su ámbito espacial de aplicación.

Una cuestión diferente se plantea con relación a los demás tratados a los que la Constitución otorga un rango superior al de las leyes de la nación.

Ese rango lo ostentan por ejemplo los incontables tratados bilaterales que se han suscrito en materia de cooperación científica, cultural o procesal. Tales tratados tienen un ámbito espacial y material determinado en el mismo instrumento.

Como acuerdos bilaterales se pueden catalogar especialmente los numerosos tratados de amistad, comercio y navegación, en los cuales muchas veces el derecho del lugar del establecimiento de los respectivos ciudadanos, y su situación legal en el Estado anfitrión, se encuentra bajo protección especial.

Como acuerdos bilaterales, la determinación de su ámbito de aplicación no presentará mayores problemas. Pero aún debe considerarse que muchos de estos tratados contienen una cláusula de favorabilidad que asegura a los respectivos contratantes las mismas ventajas que reconocerán a otros Estados. Lo cual por supuesto introduce un elemento de complejidad notable por cuanto obliga —en principio a la permanente revisión de las proyec-

ciones de los tratados celebrados— para redefinir los términos originalmente negociados.

Una categoría especial dentro de estos tratados la constituyen los tratados internacionales suscritos en materia de protección recíproca de inversiones. La proyección de la normativa contenida en éstos resulta de trascendencia poco previsible para el desarrollo del derecho nacional. La determinación del ámbito de aplicación de estos tratados plantea cuestiones, tanto en el ámbito temporal de aplicación, como en el personal y material. Los tratados de protección recíproca de inversiones suscritos por el Estado argentino prevén la aplicación de los mismos a inversiones realizadas en el país receptor con anterioridad a la fecha de suscripción. Esta aplicación retroactiva que puede llegar a siete años en algunos tratados, implicará una modificación de las reglas del derecho público y privado nacional aplicable a las contrataciones afectadas. Téngase presente que la mayoría de estos tratados prevén mecanismos propios de solución de conflictos que implicarán el apartamiento de las causas de los tribunales nacionales del país receptor y con ello la posibilidad de la aplicación de normas no previstas al momento de la contratación.

El impacto de este tipo de tratados es advertido por la doctrina, sin que la reflexión académica haya producido alguna influencia. Por otra parte, por lo general la suscripción de este tipo de tratados tiene como protagonista al Poder Ejecutivo y su ratificación parlamentaria no suele tener los grados de discusión y publicidad necesaria.

Si el impacto de este tipo de acuerdos bilaterales sobre el sistema normativo nacional reviste la importancia señalada, aún cabe subrayar la consideración de la labor de las organizaciones internacionales en la elaboración de los nuevos instrumentos internacionales²³ que se proyectarán en el orden nacional.

D. El derecho del comercio internacional y la labor de las organizaciones internacionales

El sector del comercio internacional es el más directamente afectado por esta internacionalización de la economía. El régimen de los intercam-

²³ En realidad tampoco la elaboración de los tratados bilaterales queda fuera del radio de acción de las organizaciones, ya que la mayoría de los instrumentos bilaterales siguen los modelos de uno u otro organismo, así los tratados de protección recíproca de inversiones o los de concesión de créditos internacionales.

bios y de la contratación internacionales quedan decididamente afectados por las estructuras del comercio internacional, diseñadas principalmente a través de instituciones internacionales y la regionalización de los mercados.²⁴ Si bien interesa principalmente su incidencia estructural, también ha de tenerse presente su trascendencia en la esfera de las relaciones privadas internacionales.

El fenómeno de las organizaciones internacionales en la regulación del comercio internacional se manifiesta en un variado número de instituciones: unas tienen carácter universal, otras poseen carácter regional o transcontinental. Dicha variedad afecta también la forma jurídica que ostentan: junto a organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional, esto es sujetos de derecho internacional público, existen otras de carácter no gubernamental, e incluso puramente privados, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París. Asimismo, sus campos de actuación cubren sectores muy variados.²⁵

El conjunto de estos entes da lugar a un auténtico “sistema económico internacional” con un elevado nivel de especialización. Se trata de una manifestación del derecho económico internacional, caracterizado por un relevante nivel de cooperación internacional institucionalizada, que genera una serie de “actores económicos” que poseen capacidad propia para crear una determinada estructura jurídica, y que se adaptan, al margen de los Estados, a las cada vez más cambiantes relaciones económicas internacionales.²⁶

El GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) constituye la cumbre del ordenamiento actual del comercio mundial. Las modificaciones negociadas en el marco de la Ronda Uruguay apuntan a la creación de un orden jurídico que comprenda la economía global, centrado en la Organización Mundial del Comercio. Por otra parte, en las áreas de la colaboración monetaria y el desarrollo se originaron el Fondo Monetario Internacional y el Banco para la Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial). En el marco del régimen del Banco Mundial se incluyen el Acuerdo para Dirimir las Controversias Relativas a las Inversiones (ICSID) y el Acuerdo para la Creación de la Agencia de Seguros Internacional (MIGA).

En las áreas vinculadas a la vida económica internacional deben contemplarse las organizaciones especiales que se encuentran vinculadas a las

²⁴ Fernández Rozas, J. C. (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 55.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

Naciones Unidas mediante acuerdos de cooperación celebrados por el Consejo Económico y Social (artículo 57, 63 de la carta de la ONU). Para la promoción de la cooperación económica en el marco de las Naciones Unidas se crearon la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo) y la Comisión para el Derecho Internacional Comercial (UNCITRAL), a la que se le dio el carácter de organización especial de la Asamblea General. Un rol clave para la circulación internacional de capital y pagos, especialmente en la actual crisis económica, juega el Fondo Monetario Internacional (FMI), cuya fundación se llevó a cabo en la Conferencia de Bretton Woods en el año 1944. Estrechamente ligado al FMI está el Banco Mundial que tiene entre sus actividades principales el otorgamiento de préstamos a los países en desarrollo.

Los compromisos asumidos con el Fondo Monetario Internacional, en el contexto de la crisis por la deuda externa, han generado tantas modificaciones en el derecho nacional que el tema adquiere las características de material inflamable desde el punto de vista político. La modificación radical de la legislación laboral, la destrucción de la mayor parte del régimen protector de los trabajadores —consecuencia de una larga evolución— es visualizada desde la perspectiva política económica como irreparable pérdida de soberanía. Pero desde una perspectiva estrictamente técnica se trata una vez más de la proyección de los acuerdos internacionales sobre el derecho interno, de la pérdida de protagonismo del legislador frente a los actores internacionales.

La precedente exposición ha referido a la labor de las organizaciones internacionales con relación al fenómeno organizativo internacional en el marco de las relaciones económicas y comerciales.

E. Proyecciones de los tratados internacionales sobre el derecho internacional privado y el derecho privado

Es necesario referirse también a la labor que las organizaciones internacionales realizan en el ámbito de la creación normativa, en la elaboración de instrumentos jurídicos reguladores del comercio internacional. En estos supuestos ya no se está en presencia de instituciones internacionales con personalidad jurídica propia, sino ante órganos especializados de otros entes dedicados a esta función dentro de un contexto más general.

En el marco de las Naciones Unidas fue creado uno de estos organismos específicos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Co-

mercio Internacional (UNCITRAL o CUNDMI) en 1966. El objeto de este organismos es la promoción de la armonización y unificación progresiva del derecho del comercio internacional.

Las técnicas de reglamentación utilizadas por la UNCITRAL son variadas en función de las particularidades de cada tema y de las circunstancias en las que se produce la codificación: convenios, leyes modelos, normas uniformes, modelos de cláusulas convencionales, recomendaciones a los gobiernos y organizaciones internacionales, etcétera.

Cada una de estas técnicas a su vez propondrá una diferente manera de internalizar el instrumento en el derecho interno y diferentes grados de influencia en la elaboración normativa posterior.

En el ámbito regional además ha de considerarse la labor de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) que a la intensa labor realizada agrega en su agenda de trabajo para la sexta sesión —actualmente postergada— los temas de contaminación transfronteriza, comercio electrónico, unificación del conocimiento de embarque y el proyecto de ley modelo sobre garantías mobiliarias.

2. Consagración de la primacía de las normas de derecho comunitario sobre la ley interna

El artículo 75, inciso 24, de la Constitución pone a cargo del Congreso de la nación la aprobación “de 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”.

Los párrafos segundo y tercero refieren al trámite de aprobación y denuncia y establecen mayorías especiales.

Este inciso introduce una innovación total en el texto constitucional, que está reflejando el impacto de los movimientos de integración en que se encuentra comprometida la totalidad del continente americano. En el caso argentino, la reforma se hizo de cara al proceso de integración regional denominado Mercado Común del Sur (Mercosur), para posibilitar que en el momento oportuno el Congreso pudiera transferir ciertas atribuciones estatales (de legislación, jurisdicción y administración) a los órganos supra-

nacionales del sistema. La reforma constitucional en esta materia operó una legitimación de la participación argentina en los procesos de integración regional, e impuso que la delegación de competencias en organismos nacionales se realice en condiciones de reciprocidad e igualdad y siempre que se respete el orden democrático y los derechos humanos.

La aprobación de los tratados de integración con otros países latinoamericanos sólo requiere de la mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras en el Congreso. En cambio, si tales tratados se firman con otros Estados, se exige además una declaración previa de conveniencia del tratado por ambas Cámaras, y sólo a los 120 días del acto declarativo se podrá sancionar la ley con iguales mayorías.

Las palabras finales del primer párrafo del inciso 24 establecen la preeminencia del derecho comunitario, emanado de los órganos supranacionales, no ya de los tratados, sobre las leyes internas de Argentina.

Con esta reforma se pretendió que la República Argentina y sus socios del Mercosur pudieran diseñar evolutivamente la estructura institucional definitiva del dicho sistema mediante los respectivos protocolos adicionales al Tratado de Asunción, otorgando a los organismos de éste facultades legislativas, administrativas y judiciales.

Esto significa que la reforma constitucional jerarquiza normas de fuente internacional, otorgándoles jerarquía superior al derecho interno, o sea que en supuestos de contradicción entre la norma creada por el legislador supranacional y la de derecho interno, ésta deberá ceder en su aplicación frente a la normativa de fuente internacional.

Los procesos de integración marcarán una nueva línea de análisis en lo que respecta a la influencia del derecho internacional sobre los derechos nacionales de los países miembros.

Los vínculos normativos existentes entre el Mercosur y ALADI merecen especial atención, así como la incidencia de estos procesos en la creación normativa.

3. Los procesos de integración sudamericanos

Los procesos de integración tienen como resultado la producción de normas jurídicas destinadas a regular dichas acciones colectivas. Al mismo tiempo reflejan un flujo permanente de interacciones entre los Estados participantes y otros sujetos destinatarios de tales normas, y ponen de mani-

fiesto el desarrollo de una diversidad de funciones propias de verdaderas estructuras orgánicas de índole administrativa.

La Asociación Latinoamericana de Integración fue creada en 1980 con la finalidad de promover el crecimiento del intercambio comercial y la complementación económica, como medio para que los países de la región puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.²⁷ Recientemente le fueron asignadas además otras funciones relacionadas con la integración regional.

El objetivo final de la Asociación es la constitución de un mercado común latinoamericano, sin establecer plazos estrictos para su cumplimiento y permitiendo la celebración de acuerdos entre dos o más países no generalizables al resto. Utiliza como herramientas para lograr sus objetivos en el plano comercial los acuerdos de libre comercio que pueden ser bilaterales, plurilaterales o regionales.

La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción, creando el Mercado Común del Sur (Mercosur) que constituye el proyecto internacional más relevante en que se encuentran comprometidos esos países.

A. La creación normativa en ALADI y Mercosur

En el marco de la ALADI se han firmado numerosos Acuerdos de Alcance Parcial (APP) entre varios de los países miembros, que resultan de especial interés para este estudio en lo que respecta a su incorporación al sistema jurídico de los países miembros por los procedimientos de incorporación simplificada por medio de actos de los Poderes Ejecutivos.

La protocolización en ALADI es un trámite que cumple la Asociación a solicitud de los países miembros firmantes de algún acuerdo previsto en el Tratado de Montevideo de 1980. Ese pedido de protocolización responde a diversos objetivos: que el correspondiente acuerdo quede entre los previstos en el Tratado de Montevideo de 1980, exigibilidad del cumplimiento de los compromisos asumidos, y en general, la inmediata aplicación del instrumento protocolizado. La protocolización no se hace efectiva hasta recibir el correspondiente pedido de todos los firmantes. Conforme al Tra-

²⁷ *El proceso de integración en América Latina y el Caribe en 1993*, Buenos Aires, VID/INTAL, 1994, pp. 25 y ss.

tado, la naturaleza de los acuerdos a protocolizar debería referir a alguna de las categorías comprendidas en el tratado: comercial, de complementación económica, agropecuaria o de promoción del comercio.

La primera urgencia de los países signatarios del Tratado de Asunción fue incorporarlo al sistema de la ALADI, porque si no las preferencias acordadas debían ser extendidas a los restantes países miembros en virtud de la cláusula de nación más favorecida (artículo 44 del Tratado de Montevideo).

El Tratado de Asunción provocó polémicas en los artículos vinculados con la reciprocidad y la adhesión. Sin embargo, el ACE 18 modificó el artículo referente a ésta, posibilitando la adhesión de cualquier país miembro sin límites temporales. Y quedó planteado el trato diferenciado y la reciprocidad (artículos 2o. y 6o. del Tratado de Asunción).²⁸

Pero por otra parte, la inscripción del Tratado de Asunción en el marco de la ALADI demuestra también que los Estados miembros han sido plenamente conscientes de las dificultades prácticas que podría aparejar la internalización de normas del Mercosur, porque de ese encuadramiento jurídico emana la posibilidad de incorporar el derecho gestado por los órganos del sistema por actos de los Poderes Ejecutivos como acuerdos en forma simplificada de ejecución de un tratado marco que ya ha sorteado los respectivos trámites internos de aprobación.²⁹ De ello podría extraerse que se tuvo en cuenta la posibilidad de que algunas de sus normas tuvieran aplicación directa. Aun, reiteramos, cuando no haya sido esta la razón exclusiva —ni quizá la principal— para tal protocolización.

Esta protocolización plantea otro foco más de producción normativa, de incorporación normativa y de posibles conflictos.

En principio, sólo podrían ser protocolizados en ALADI aquellos acuerdos circunscritos a las materias establecidas en el Tratado de Montevideo. Pero dado los intentos por extender dicha técnica de incorporación a otras materias, cabe señalar el déficit de constitucionalidad de la incorporación de acuerdos que contengan compromisos en materias no contempladas en las previsiones del Tratado de Montevideo de 1980.

Se ha producido en realidad un abuso de la vía de incorporación prevista en Montevideo de 1980, y las consecuencias pueden ser trágicas. Por ejemplo, el

²⁸ Tabere Vera y Lincoln Bizzozero, *La construcción del Mercosur, diagnóstico y evaluación de lo acordado*, Buenos Aires, BID-INTAL, 1993.

²⁹ Arbuet Vignali, H., *Las relaciones entre la normativa Mercosur y los sistema internos de sus Estados miembros*, inédito, 1997.

Acuerdo sobre Transporte Multimodal en el ámbito de los países del Mercosur fue protocolizado en ALADI; en Uruguay el decreto que puso en vigencia ese acuerdo fue impugnado por la Cámara de Industrias del Uruguay, por la Cámara Nacional de Comercio y por la Cámara de Aseguradores Marítimos, el Tribunal Contencioso Administrativo rechazó la puesta en vigencia declarando la nulidad del acto impugnado con efectos *erga omnes*.³⁰ Por tanto la norma no puede entrar en vigencia en el ámbito del Mercosur.

Señalamos que más allá de que el Tratado de Asunción fue protocolizado, como tratado siguió todos los pasos para la manifestación del consentimiento, firma, aprobación y ratificación.

En Argentina los acuerdos protocolizados en ALADI tienen vigencia inmediata a partir de la fecha de la protocolización siendo suficiente la mera comunicación a la Administración Nacional de Aduanas. Así mientras no se modifiquen o amplíen las disposiciones del decreto 415/91, la protocolización de acuerdos se limita a aquéllos referidos a las preferencias arancelarias.³¹

Los AAP inscritos en ALADI resultan directamente aplicables por los jueces argentinos y con primacía sobre las leyes nacionales según la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cafés La Virginia S. A. s/ Apelación por denegación de repetición”, del 10 de octubre de 1994.

La Constitución nacional no regula los llamados tratados ejecutivos o tratados en forma simplificada, sin embargo la doctrina deriva la validez de los mismos del acuerdo que los permite. Es decir, no serían directamente válidos sino a través de aquéllos que le han dado vida jurídica. Con dicha construcción teórica se intentan salvar los posibles déficits constitucionales que los mismos suelen presentar.

Por otra parte, las materias sólo podrían circunscribirse a aquéllas para las cuales el Congreso otorgó su anuencia a través de la aprobación del acuerdo marco, y en principio no podría involucrar aquellas materias no susceptibles de delegación, es decir, aquéllas que integran la zona de reserva de la ley.

³⁰ Fresnedo de Aguirre, C., “El sistema normativo del Mercosur y el uso de los acuerdos de alcance parcial para regular el transporte regional”, *J. A.*, núm. especial Mercosur, núm. 6052, p. 24.

³¹ Argerich, Guillermo, “Situación real de la incorporación y vigencia de la normativa Mercosur”, *J. A.*, número especial Mercosur, núm. 6153, p. 7.

B. *La normativa derivada del proceso de integración Mercosur*

En el Mercosur, el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto (POP) dice: “las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2o. 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”.

Resultando las decisiones, resoluciones y directivas fuentes de derecho internacional particular para los Estados parte del sistema, su incorporación y aplicabilidad en el ámbito interno estará, en principio, condicionada por la previa superación del procedimiento de aprobación o internalización previsto por el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos.

Resulta razonable que en atención a su naturaleza y alcance, no sería apropiado exigir para toda la normativa derivada de los órganos del Mercosur, la aprobación según los procedimientos domésticos utilizados para incorporar los tratados internacionales, puesto que las demoras legislativas tradicionales en estos trámites convertirían en inoportunas e inadecuadas a buena parte de la misma.

El principio general al que arribamos en este tópico sostiene que la normativa Mercosur debe ser incorporada al ordenamiento jurídico particular de cada Estado parte, si éste así lo exige y siguiendo el procedimiento por ellos previsto conforme a la naturaleza e importancia de las disposiciones del Mercosur a internalizar.

Estimamos que incorporar al derecho interno las normas derivadas de los órganos del Mercosur de manera oportuna y eficaz, es un deber jurídico de los Estados miembros, resultando ser como tal un contenido específico del deber genérico de cumplir un tratado en vigor de buena fe, y que los obliga ya sea como derecho positivo contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, o bien como norma de derecho general consuetudinario.

Ahora bien, parece claro que el artículo 42 del POP, al condicionar el deber de cada Estado de incorporar a su propio ordenamiento jurídico mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país, al hecho de que “sea necesario”, admite la posibilidad de la aplicación directa de estas normas si el orden jurídico particular de algunos de los Estados así lo permiten.

La incorporación de la normativa del Mercosur es un problema que preocupa tanto a los estudiosos como a los operadores jurídicos del sistema. Tal es la magnitud de la problemática y la preocupación que ella genera que se han tomado distintas decisiones referidas a ella en el ámbito del Consejo Mercado Común.

La Decisión núm. 3/99 solicitó a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur que efectúe las gestiones necesarias ante los Poderes Legislativos de los Estados parte a fin de acelerar los procedimientos internos necesarios para la incorporación de la normativa Mercosur que requiera aprobación legislativa. Como puede verse se trata de un mero procedimiento de colaboración, limitado a aquellas decisiones que requieran la intervención de la legislatura que pueden ser cualitativamente las más importantes pero cuantitativamente las menores. Y no se le encomienda a este órgano consultivo que elabore una propuesta de procedimientos aunque no uniformes, al menos claros respecto de la incorporación de cada una de las normas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

Con posterioridad, en el año 2000 se adoptaron dos decisiones más referidas al tema. Por la Decisión 23/00 se entendió que no se necesitarán medidas internas para la incorporación de normas cuando el contenido de la norma ya estuviera contemplado en la legislación nacional del Estado parte, debiendo lógicamente notificarlo dicho Estado.

Nos mantenemos siempre dentro del ámbito de los ordenamientos jurídicos internos. Entendemos que la norma trata de evitar la inflación legislativa que resulta un problema de política legislativa interna muy común en nuestros días. De esta manera también se cumple con el objetivo de agilizar el proceso. Sin embargo, creemos que existen algunos cuestionamientos, ¿la normativa interna debe ser exactamente igual a la surgida del proceso? En la pirámide jurídica interna ¿esa normativa ya existente tiene el mismo rango que si se la vuelve a incorporar como normativa Mercosur? Respecto del primero, por Decisión 20/02 se cambió el texto de aquella precisamente atendiendo a esta problemática, el nuevo texto dice: “cuando existe norma nacional que contemple en idénticos términos la norma Mercosur aprobada”.

Por otra parte, la Decisión 23/00 también contiene una disposición referida a fechas y plazos, es decir, cuando una norma contenga una fecha o plazo de incorporación la cláusula reviste carácter obligatorio para los Estados parte. Si bien el POP no contiene una disposición similar, y la Decisión 23/00

no fue incorporada a los ordenamientos jurídicos internos porque así lo estableció la propia norma, ello parece razonablemente comprendido dentro de los principios y reglas generales de derecho internacional y se derivaría del propio deber de incorporar la normativa establecido en el POP.

A nuestro entender la norma que fija una procedimiento más general para ordenar el sistema es la Decisión 20/02. Sin embargo, reconocemos que la norma hace entrar en conflicto dos intereses en juego, la agilidad del proceso *versus* la seguridad jurídica del mismo. Si bien en apariencia tiende a hacer prevalecer el segundo, no por eso no deja de significar un avance en el intento de lograr una más eficaz incorporación normativa del proceso.

A nuestro entender falta aún el diseño, no ya desde el organismo internacional, sino desde cada uno de los Estados parte de mecanismos de incorporación generales y particulares que permitan el acceso a la información, la agilización de la incorporación normativa y la previsibilidad del proceso.

En lo que respecta a la aplicación directa de la normativa derivada, cabe preguntarse si existen supuestos en los que las normas Mercosur puedan resultar directamente aplicables sin cumplimentar previamente el trámite de incorporación reglado por el derecho interno de cada uno de los Estados.

Por Decisión 23/00 el Consejo decidió que las normas emanadas de los órganos del Mercosur no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del POP cuando los Estados parte entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata de asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur. Y aclara que “este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase ‘esta norma no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del Mercosur’, estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación”.

Como puede apreciarse se trata de normas muy puntuales que entendemos, en principio, no requerían ningún tipo de incorporación. Aún así creemos que resultan útiles para el mejor funcionamiento del organismo internacional.

Doctrinariamente se ha cuestionado la “constitucionalidad” de esta norma, es decir, su falta de adecuación o la modificación del POP, dado que si bien todos los Estados representados en el órgano estaban de acuerdo, no se produjo el proceso de aprobación por la legislatura y posterior ratificación por el P.E. de los Estados.

Pero nos gustaría ir un poco más allá, atendiendo al objeto y fin del Tratado de Asunción, al consenso necesario para que los órganos del sistema generen normas y a la obligatoriedad que los Estados reconocen a las mismas y agregando la propia protocolización del tratado en ALADI. Pensamos que el supuesto de aplicación inmediata y directa de normas emanadas del Mercosur en los ordenamientos nacionales (no ya de carácter interno de la organización) podría existir por vía de hipótesis.

Para ello se necesitaría la satisfacción de los siguientes requisitos: 1) que la norma regule inequívocamente una materia de competencia del órgano Mercosur con capacidad decisoria de la que emane; 2) que la norma sea autosuficiente y operativa, entendiéndose por esto que explicita con claridad los sujetos a los cuales alcanza y el contenido del derecho o la obligación que consagra; y 3) que no existan normas nacionales preexistentes que regulen la misma materia.³²

Queda aquí un tema sin resolver: qué sucedería en caso de que la materia regulada —aunque no contenida en normativa nacional— sea de competencia por ejemplo de la legislatura o de las provincias, en el supuesto argentino.

Aun así la hipótesis requiere de una interpretación integral del derecho internacional en general y del derecho internacional en particular, el tratado constitutivo del Mercosur y sus protocolos adicionales, en tanto no existe una norma que habilite expresamente la misma como en el caso de la protocolización en ALADI.

V. CONCLUSIONES

En la globalización y los procesos de integración las reglas e instituciones internacionales pasan a ser más intrusivas, la sociedad transnacional más activa y el control del Estado nacional menos pronunciado.

El Estado ha perdido su prioridad normativa y compite con actores supranacionales, internacionales y privados en la atribución de la autoridad regulatoria.

La creación internacional de normas de derecho se dispersa en distintos tipos de organismos generadores de las mismas y a su vez reconoce distintos procedimientos de producción normativa.

³² Aguzin, L. *et al.*, “Relaciones entre la normativa derivada de los órganos Mercosur y los sistemas jurídicos particulares de los Estados que la conforman. Jornadas uruguayas santafesinas”, 1998.

Los problemas de la incorporación de las normas de fuente internacional y de la jerarquía con que esas normas se insertan en el derecho nacional, son regulados por los principios de derecho público estatal.

La falta de incorporación oportuna y eficaz de las normas internacionalmente acordadas, o la sanción de normas contrarias a lo acordado en convenios internacionales, conducen a hipótesis de responsabilidad del Estado.

El acceso al conocimiento de las reglas vigentes en el orden internacional reviste inusitada complejidad.

Los procesos de integración han producido un nuevo elemento de complejidad en la generación de normas de fuente internacional y provoca la necesidad de examinar los mecanismos de producción, incorporación a los derechos nacionales y la cuestión de la jerarquía con que se insertan en tales sistemas.

En el Mercosur la incorporación normativa depende de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales, situación que incide sobre la vigencia y deteriora la ilusión de uniformidad y vigencia simultánea proclamada.

Los procedimientos de incorporación que ha generado esta organización internacional son aún insuficientes en orden a la previsibilidad y seguridad jurídica.