

# TENSIONES Y RESONANCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS. ANÁLISIS DE LOS CASOS DE ARGENTINA, BRASIL, PARAGUAY Y BOLIVIA

Erica E. GORBAK

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Pérdida o transformación en la soberanía de los Estados?* III. *Las reformas constitucionales en Brasil, Paraguay, Argentina y Bolivia. Problemas que suscitan con relación a la jerarquía de las normas*. IV. *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales como corolario de la supremacía constitucional y del principio de legalidad*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Hacia fines de los ochenta del siglo XX, en nuestros pueblos latinoamericanos que arrastran tras de sí una larga historia de caudillismo, la concepción de un fuerte militarismo como el garante del orden y la seguridad comienza a debilitarse. En contraposición, se considera al sistema de gobierno democrático como aquél que garantiza mejor el desarrollo del individuo.<sup>1</sup>

Es así como con el advenimiento de las democracias, y frente a un contexto global, político, económico, y social considerablemente diferente de aquél que predominaba al dictarse las primeras Constituciones, es acompañado por importantes reformas constitucionales en Brasil (1988), Paraguay (1992), Argentina (1994) y Bolivia (1995).

Los Estados soberanos experimentan incluso antes de las modificaciones a sus cartas magnas, la influencia de aquellos instrumentos jurídicos que ya se habían o se estaban celebrando en la esfera internacional y que

<sup>1</sup> Bacnach, Peter, "Condiciones para una democracia estable", en Huntington, Samuel, *Revista de Estudios Públicos*, núm. 22, 1986, p. 8.

generan obligaciones para los Estados y derechos subjetivos para los individuos que lo componen. Muchos son tratados<sup>2</sup> (actualmente la fuente creadora de normas jurídicas internacionales más relevante) dirigidos a la protección de la persona humana y otros se refieren a la materia de integración regional en bloques que a veces abarca aspectos no sólo de índole económica.

Este cúmulo de instrumentos que sin duda llevarán a un reforzamiento de las democracias, es de particular significación en nuestras sociedades que sufren, entre otras dolencias, el flagelo de fuertes crisis de representatividad y de credibilidad en sus instituciones, y el retraimiento en el reconocimiento de las garantías individuales en la órbita de un Estado que parece alejarse cada vez más de las reglas de derecho, todo ello expresado en el desánimo generalizado de la sociedad civil. Si bien es cierto que estos acuerdos que exceden las fronteras de los países aumentan el plexo de derechos y garantías de los individuos, también lo es que producen fuertes consecuencias en toda la estructura jurídica de los Estados.

Asimismo, sus efectos se propagan tal vez hasta en forma inconsciente dada nuestra percepción limitada de la realidad, y traen consigo toda una onda expansiva que impacta en el desenvolvimiento normal de las sociedades en su conjunto.

## II. ¿PÉRDIDA O TRANSFORMACIÓN EN LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS?

Para comprender la existencia del derecho internacional y el concepto de sujeto de ese derecho, debemos tomar como punto de partida la confluencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberana. Decimos que el derecho internacional existe únicamente en la medida en que están presentes por lo menos dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. El concepto de Estado soberano es un presupuesto indispensable para la existencia de un derecho internacional, pero el de derecho internacional no ha-

<sup>2</sup> Aclaremos que utilizamos indistintamente los términos tratados, convenciones, pactos, etcétera, puesto que el artículo 2.1 a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define al tratado como: "...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". En la práctica de las relaciones internacionales, los Estados parte emplean diferentes términos para los acuerdos que celebran. Esa denominación utilizada no incide en la determinación de su naturaleza jurídica.

ce más que retroalimentar a las unidades estatales. Entre ambos derechos hay un sistema de coordinación por consenso, una idea de compromiso mutuo y obligación de cumplimiento de los pactos de buena fe.<sup>3</sup>

*Soberanía* es una categoría histórica que surge a través de las luchas de los Estados para afirmar su existencia, y así como se adquiere y se conserva, también se puede perder, restringir o debilitar.

El atributo de la soberanía, uno de los elementos del Estado, adquiere significados y alcances diferentes según se aplique al ámbito interno o se refiera a las relaciones internacionales. Cuando se desarrolla en el ámbito interno, otorga a la autoridad un poder absoluto, supremo, que subordina a las demás voluntades y que excluye la competencia de todo otro poder similar. En el ámbito externo es diferente.

Se trata de un atributo compartido y sustentado por el principio de igualdad de los Estados. Vale decir que todos comparten el poder de dictar las normas que los relacionan, supervisar su cumplimiento, responsabilizar al que se ha obligado y no ha cumplido, y sancionar en su consecuencia. Pero ello no excluye que se obliguen por reglas que deben cumplir y que haya otras a las que pueden renunciar. Esas reglas no le son impuestas por un poder extraño, sino que son el resultado de negociaciones, decisiones conjuntas, *libremente* aceptadas por todos los obligados. El ingreso por parte de un Estado en calidad de miembro a un tratado internacional es un claro acto soberano, supeditado a los requerimientos establecidos.<sup>4</sup>

El concepto de *supremo* es distinto al de soberanía. En el orden internacional se recurre a la idea de soberanía para evitar la supremacía de un Estado sobre los demás iguales. Parecería que supremacía sería un concepto que sólo corresponde al derecho interno en cuanto implica aquel poder que no reconoce otro igual, que se impone sobre las demás voluntades. Habrá Estados más o menos autoritarios, más o menos democráticos, reconocedores y garantizadores de los derechos y libertades individuales. Sin embargo, los derechos internos que emanan directamente del atributo de la soberanía de los Estados no se han mantenido inalterables a través de la evolución del derecho internacional. Los Estados por libre decisión de sus voluntades soberanas, lenta y sistemáticamente, han ido ampliando sus facultades regla-

<sup>3</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>4</sup> Zuppi, Alberto L., *La noción de la soberanía en el nuevo orden internacional*, El Derecho, t. 151, p. 791.

das, sometién dose a normas comunes, muchas de ellas imperativas<sup>5</sup> que los vincularán.<sup>6</sup> Los cambios llevaron a que cuestiones que antes se podían decidir individualmente, ahora estén regladas por el derecho internacional, con todas las dificultades que ello implica para los países de escaso poder económico a la hora de negociar.

Sin embargo, cuando los Estados se someten a jurisdicciones supraestatales e incluso a ciertos esquemas de integración económica, el concepto de supremacía en el plano internacional comienza a tener efectos. A veces se *delegan* facultades decisorias a órganos supraestatales que incluso pueden dejar sin efecto aquellas decisiones adoptadas por los órganos supremos dentro de la esfera interna de los países. Esas decisiones tienen plena operatividad, es decir, vigencia directa e inmediata y son consideradas derecho interno.<sup>7</sup> Vemos como no es que han perdido su soberanía interna, pero no dudamos en que ésta se ve flexibilizada en el ámbito internacional. Empero, ni aun en este caso se pierde la soberanía, ya que como toda delegación implica que una autoridad pasa el ejercicio del poder a otra, lo descarga allí y una de las características de la delegación es su transitoriedad y la posibilidad del titular de reasumir las facultades que ha delegado en su ejercicio a otro, previa denuncia del acuerdo.

Para concluir, pensamos que el principio de la soberanía del Estado se conserva en el derecho internacional porque no existe ni puede existir una norma jurídica positiva internacional capaz de decidir sobre el ser o no ser del Estado. Además antes de que exista una sola norma de derecho interna-

<sup>5</sup> Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el cual se define lo que se entiende por una norma imperativa de derecho internacional, también llamada *ius cogens*.

<sup>6</sup> Oliveira Mazzuoli, Valerio de, “La influencia de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno brasileño y la primacía de la norma más favorable como regla de hermenéutica internacional”, *Revista de Derecho Internacional*, La Ley, núm. 4, agosto de 2002, p. 33. Citando a Pedro Dallari nos dice que “en la medida en que los Estados asumen compromisos mutuos en convenciones internacionales que disminuyen la competencia discrecional de cada contratante, ellos restringen su soberanía y esto constituye una tendencia del constitucionalismo contemporáneo que apunta a la prevalencia de la perspectiva monista internacionalista para regular la relación entre derecho interno y derecho internacional”.

<sup>7</sup> “Los fallos europeos comienzan a campear en nuestra jurisprudencia y pronto veremos que la jurisprudencia europea de derechos humanos será equiparable a la americana en cuanto fuente de derecho interno”. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. II, 1997, capítulo IV, p. 6.

cional tienen que existir por lo menos dos Estados. De ahí que la norma jurídica internacional tenga como presupuesto inquebrantable la soberanía de los Estados.

### III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN BRASIL, PARAGUAY, ARGENTINA Y BOLIVIA. PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN CON RELACIÓN A LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

La interacción entre derecho internacional y derecho interno va más allá del procedimiento de internalización de los tratados. Comprende la jerarquía de normas y hasta la posibilidad de su colisión con el orden interno<sup>8</sup> y su modificación, con las consecuencias que esto implica.

Nos encontraremos con dos procedimientos diferentes. Uno en cuanto a los pasos que se requieren para su celebración en el ámbito internacional, codificado en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, llamada el *Tratado de los tratados*. El otro, donde los Estados en sus prescripciones constitucionales —su derecho público interno— gobiernan la distribución de los órganos, los procedimientos, las formas y las condiciones de validez de los compromisos internacionales, como también las que establecen la jerarquía que esas normas tendrán en el ámbito jurídico del Estado.<sup>9</sup>

#### 1. *Brasil*

Brasil reformó su Constitución en el año 1988, poco después de iniciado el proceso de transición a la democracia. Por el artículo 1o. III se reafirma

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 8. Gordillo entiende que es virtualmente imposible que se presente un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución. Sin embargo, coincidimos en cuanto afirma citando a Pascatore que “es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver”. Es interesante destacar que la Constitución de Perú de 1979 en el artículo 103 establecía que “cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República”.

<sup>9</sup> Vanossi, Jorge R. y Dalla Vía, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 28.

que Brasil se constituye en Estado democrático de derecho desde su preámbulo, en consonancia con la evolución que estaba experimentando el derecho internacional, expresa la necesidad de asegurar el desenvolvimiento de una sociedad comprometida en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de controversias.

Por otra parte, en el artículo 4o. se refiere a que la República Federativa del Brasil se rige en sus relaciones internacionales, entre otros, por la prevalencia de los derechos humanos,<sup>10</sup> la autodeterminación de los pueblos, la no-intervención, la igualdad entre los Estados, la solución pacífica de los conflictos, y la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad.

Finalmente en el párrafo único del mismo artículo se instituye que la República Federativa del Brasil buscará la integración económica política, social y cultural de los pueblos de América Latina, propugnando la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. Empero, no estipula la jerarquía de esos tratados de integración. Si bien el Tratado Constitutivo del Mercosur es del año 1991, ya al momento de reforma de esta Constitución (1988) hubo negociaciones importantes y acuerdos entre los jefes de Estado de Argentina y Brasil.

En el sistema constitucional brasileño encontramos las siguientes etapas concernientes a la incorporación de los tratados al ordenamiento interno, que constituyen un complejo acto federal:

- 1) La firma de los tratados (la expresión de la voluntad en obligarse) es realizada por el Poder Ejecutivo (artículo 84 VIII).
- 2) Estos tratados están sujetos a la aprobación legislativa (artículo 49 I). Es responsabilidad propia del Poder Legislativo realizar el control del tratado internacional firmado y autorizar o no su incorporación en el orden jurídico interno, puesto que los tratados obligan a toda la nación y no solamente a sus gobernantes.<sup>11</sup> El Congreso puede adoptar tres actitudes frente a los tratados, la aprobación total, el rechazo total o la aprobación con enmiendas.

<sup>10</sup> En la disposición transitoria 7 se establece que Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos.

<sup>11</sup> Rosano, Daniel, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño, una introducción", *Revista de Doctrina y Relaciones Internacionales*, La Ley, núm. 4 de agosto de 2001, pp.121-138 citando a Valladão Haroldo.

- 3) Ratificación del Poder Ejecutivo. Recordamos que reunidas las condiciones para que el tratado entre en vigor (por ejemplo, número de ratificaciones establecidas en el tratado para que ello ocurra), obliga a Brasil en el plano internacional.

Se agrega no ya en las cláusulas constitucionales:

- 4) El presidente promulga el tratado ratificado que pasa entonces a tener vigencia en Brasil. Aquí nos encontramos con los primeros peligros.<sup>12</sup> Mirto Fraga entiende que para que el tratado se haga ejecutivo, sobreviene recién con la promulgación y la publicación, dado que la aprobación del Congreso es apenas una etapa en el proceso de formación del acuerdo internacional.

José Carlos de Magalhães sostiene en cambio que la Constitución brasileña no dispone en ninguno de sus artículos que los tratados para adquirir vigencia en Brasil dependan de promulgación por medio de un decreto presidencial que en la práctica habitual se consagró.

Habrá que ver si tal práctica se convirtió en una costumbre internacional.

El Poder Judicial cuando es llamado para resolver las cuestiones relativas al conflicto de fuentes, muchas veces impone la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional, o niega la vigencia interna de tratados internacionales debidamente firmados por el Poder Ejecutivo por el hecho de no tener completado su ciclo de incorporación al ordenamiento jurídico brasileño.<sup>13</sup>

No son menores las dificultades que plantea aún hoy el sistema constitucional en este país. Por los artículos 22 a 24 no se les confiere a ninguno

<sup>12</sup> Fontoura, Jorge, “O avanço constitucional argentino e o Brasil”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasilia, Senado Federal, año 37, núm. 146, abril-junio de 2000, p. 58. Este autor asegura que la ausencia de pautas constitucionales que regulen la jerarquía de los tratados en el derecho interno brasileño contrasta con la manifiesta intención política de integrarse regionalmente y de insertarse internacionalmente. La posición de aislamiento jurídico internacional contrasta con la política externa y con la propia historia del derecho brasileño, citado en Rosano, Daniel, *op. cit.*, nota 11.

<sup>13</sup> Valle Magalhães Marques, Federico, “A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. O caso de Mercosul”, *Revista del Mercosur y de la integración*, La Ley, núm. 6, diciembre de 2002, pp. 64-86.

de los órganos estatales la facultad de transferir sus competencias a órganos supranacionales.

Además el Superior Tribunal Federal ha mantenido una jurisprudencia constante de criterio dualista por el que se afirma que internamente prevalece el derecho nacional sobre el derivado del Mercosur.<sup>14</sup>

En Brasil existe el problema de la concurrencia entre los tratados internacionales y las leyes internacionales de jerarquía infraconstitucional. Hace más de 20 años tiene vigencia en la jurisprudencia brasileña el sistema en que una vez formalizado un tratado pasa a tener fuerza de ley ordinaria pudiendo ser revocado frente a una ley posterior.<sup>15</sup>

La doctrina suele afirmar que los demás tratados de derecho internacional convencional particular ceden frente a la Constitución pero tienen valor supralegal, esto es, tienen prevalencia por sobre la ley interna, anterior y posterior. Con todo, pese a los esfuerzos doctrinarios, la cuestión dista mucho de estar resuelta.

Del articulado de la carta magna se desprende la supremacía de la Constitución. Por el artículo 102 I o. a), al Supremo Tribunal Federal (STF) le compete la guarda de la Constitución y puede declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual.

También por el artículo 102 III b, puede declarar la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal. Por ello pareciera que los tratados, cualquiera que sea su contenido, están por debajo de la Constitución.

Se ha dicho que el artículo 5o., segundo párrafo, de la Constitución tiene un carácter eminentemente abierto, ya que da un margen al ingreso junto con los derechos y garantías consagrados en la Constitución, de otros derechos y garantías provenientes de tratados. Esta cláusula admite que tratados internacionales de derechos humanos entren en el ordenamiento jurídico brasileño en el ámbito constitucional, y no en el ámbito de la legislación ordinaria como pretende el Supremo Tribunal Federal,<sup>16</sup> y que pasan a constituir una cláusula pétrea. De todos modos consideramos que esto es forzar mucho la cláusula constitucional.

<sup>14</sup> Sabsay, Daniel, *Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes. Bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur*, presentación en el simposio "Process of European and Global Constitutionalization", Berlín, 15 de mayo de 1999.

<sup>15</sup> Oliveira Mazzuoli, Valerio de, *op. cit.*, nota 6, pp. 23-51.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 31.

## 2. *Paraguay*

Desde el preámbulo se establecen los propósitos del pueblo paraguayo: “...reafirmando los principios de la democracia<sup>17</sup> republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional...”.<sup>18</sup>

El procedimiento interno de adopción de los tratados reconoce las siguientes etapas:

- 1) El presidente de la República tiene a su cargo el manejo de las relaciones exteriores de la República, y negocia y firma tratados internacionales (artículo 238).
- 2) El Congreso aprueba o rechaza los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo (artículo 202), materia que no puede ser objeto de delegación en comisiones que prevé el artículo 215. Por el artículo 224 es atribución exclusiva de la Cámara de Senadores iniciar la consideración de los proyectos de ley relativos a la aprobación de tratados y de acuerdos internacionales.
- 3) Ratificación del Poder Ejecutivo (artículo 137).

Si un tratado o convenio no es aprobado por las Cámaras Legislativas mediante ley expresa, le falta ejecutoriedad en el caso de que no se trate de un acuerdo celebrado en forma simplificada.

La carta magna paraguaya en el artículo 137 afirma la supremacía de la Constitución. Se establece que: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

Es clara la primacía del tratado sobre la ley pero no de la Constitución sobre los tratados, dado que no especifica si son tratados de derechos humanos o de otra materia. Tampoco se hacen especificaciones en el artículo

<sup>17</sup> El artículo 143 a condena toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.

<sup>18</sup> Por el artículo 143, la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: la autodeterminación de los pueblos, la igualdad jurídica entre los Estados, la solidaridad y la cooperación internacional, y la protección internacional de los derechos humanos.

141 por el cual “los tratados internacionales válidamente celebrados,<sup>19</sup> aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”.

Empero afirmamos que existe un trato diferenciado entre las convenciones sobre derechos humanos, que podrían colocarlos en el mismo piso de la Constitución, integrando un mismo bloque. Ello porque conforme el artículo 142 “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

El artículo 290 regula el procedimiento especial para efectuar la enmienda y en su tercer párrafo se establece que “aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que, dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un *referéndum*. Si el resultado de éste es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto institucional”.

Sin embargo, el artículo 122 regula entre las materias que no pueden ser objeto de referéndum: las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales. Por ende, entendemos que este último artículo se refiere a los demás tratados.

Es importante destacar que se reconoce la existencia de un orden jurídico supranacional en el artículo 145 para la efectiva vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

<sup>19</sup> La Convención de Viena considera los vicios del consentimiento de los Estados como causas de nulidad. Así establece que si el consentimiento en obligarse ha sido conseguido por coacción mediante actos o amenazas sobre el representante del Estado, o por amenaza o uso de la fuerza contra el Estado mismo, en violación de los principios del derecho internacional contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, o si el tratado en el momento de su celebración está en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general, existe nulidad absoluta. Por el contrario, existe nulidad relativa si el consentimiento se prestó con violación manifiesta de una norma interna fundamental sobre la competencia para celebrar tratados o conculcando una restricción específica y notificada a los demás Estados negociadores de los poderes del representante del Estado, para manifestar el consentimiento del Estado, o si concurre error sobre una situación que sea base esencial del consentimiento, siempre que el Estado que lo aduce no contribuyó con su conducta al error ni estuvo advertido de él por circunstancias evidentes, por dolo derivado de una conducta fraudulenta de otro Estado negociador, o corrupción del representante de un Estado efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador.

### 3. *Bolivia*

Es atribución del presidente de la República negociar y concluir tratados con las naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso (artículo 96 inciso 2). Si bien se utiliza el término ratificación en el artículo 59, inciso 12, se establece la facultad del Poder Legislativo de *aprobar* los tratados, concordatos y convenios internacionales.

Del texto constitucional y de la ley reglamentaria del Tribunal Constitucional surge la supremacía de la Constitución. En el artículo 228 se establece que “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera *otras resoluciones*”.<sup>20</sup> ¿A cuáles resoluciones se refiere?

Es posible verificar que el texto constitucional no contiene previsiones expresas referentes a la costumbre internacional en el sistema del derecho interno del Estado boliviano, ni a la determinación del lugar jerárquico que en dicho sistema ocupan preceptos convencionales y consuetudinarios. Esto hace que la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional adquiera una innegable valía.<sup>21</sup>

### 4. *Argentina*

En la ley declarativa de necesidad de la reforma constitucional núm. 24.309, consecuencia del llamado Pacto de Olivos entre los presidentes de las dos principales fuerzas políticas del país, se estableció que la primera parte de la Constitución, referente a las declaraciones, derechos y garantías, no podría ser modificada so pena de nulidad absoluta. Entonces los artículos 27 y 31 pertenecientes a esa primera parte, sobre la jerarquía de las fuentes y la supremacía de la Constitución, no fueron alterados en su texto escrito aunque sí ampliados en su contenido intrínseco con todo descarto que pese sobre la validez de las modificaciones, la sombra de la disposición del artículo 7o. de la Ley 24.309 y que puedan realizarse im-

<sup>20</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>21</sup> Bazán, Víctor, *El control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en la reciente percepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Bolivia*, La Ley, t. 2002 D, pp. 632-644.

pugnaciones judiciales basadas en el incumplimiento de tal cláusula legal por la Convención Constituyente.<sup>22</sup>

En esta Constitución se hallan receptadas ya antes de la reforma las principales fuentes del derecho internacional del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: las convenciones internacionales, sean generales o particulares, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho y los principios generales de derecho reconocidos.

La costumbre está receptada en el artículo 118 de la Constitución con el antiguo nombre de derecho de gentes. Los principios generales de derecho son aquéllos que provienen de los ordenamientos internos y trascienden al derecho internacional sobre la base de concordancia.

Encontramos la mención a los tratados en el artículo 27, en una cláusula de puerta abierta,<sup>23</sup> “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”.<sup>24</sup> Y el 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...”.

El Poder Ejecutivo conservó sus prerrogativas en materia del manejo de las relaciones exteriores y de la firma de tratados, concordatos y otras negociaciones (antes artículo 86 inciso 14, hoy artículo 99 inciso 11), y el Congreso la de aprobar los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede (antes artículo 67 inciso 19, hoy artículo 75, inciso 22). El Poder Ejecutivo los ratifica pese a no haber cláusula expresa en la Constitución que así lo disponga, como por ejemplo en la Constitución peruana de 1979, artículo 102 “Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el presidente de la República”.

<sup>22</sup> Sabsay, Daniel y Onaindia, José, *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1998, p. 125.

<sup>23</sup> Gelli, María Angélica, *La Constitución argentina (comentada y concordada)*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p.219.

<sup>24</sup> Este artículo reconoce la influencia del artículo 6.2 de la Constitución de los Estados Unidos en cuanto expresa que 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 ley suprema del país.

Antes de la reforma, si los tratados tenían que conformarse con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, era claro que eran infraconstitucionales. Pero el problema se suscitó con la interpretación del artículo 31, en qué escalón de la pirámide jurídica se encontraban los tratados y las leyes nacionales, en el mismo o unas por encima de las otras. Esto quedó sujeto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sintéticamente decimos que primero se reconoció que las leyes nacionales tenían igual jerarquía a los tratados y por lo tanto se regían por el principio de *lex posterior derogat priori* (S. A. Martín y Cía. Ltda. V. Nación Argentina, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 202:356; S.A. Petrolera Argentina ESSO c/ Nación Argentina, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 271:7). Recordemos que esto es lo que hoy sucede en Brasil.

Empero, en el año 1992 se produce un cambio trascendente que coloca a los tratados por encima de las leyes (Ekmekdjian v. Sofovich,<sup>25</sup> en donde se invocó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por Ley 19.865 integraba el ordenamiento jurídico argentino y por su artículo 27 se establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”). Esta doctrina fue reiterada luego en sucesivos fallos.<sup>26</sup>

Es decir, la reforma plasma la evolución de la jurisprudencia en nuestra pirámide jurídica. Se trata del fenómeno que Capeletti ha considerado como la “dimensión transnacional del derecho y la justicia”.<sup>27</sup>

Se añadieron tres artículos en la segunda parte, que provocaron cambios trascendentales en la materia: artículos 75 incisos 22 y 24 y artículo 124. Reconocemos la inspiración en la Constitución del Perú de 1979 que los dos primeros artículos han tenido.

En el artículo 75, inciso 22, se establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. En el artículo 101 de la Constitución

<sup>25</sup> *El Derecho*, t. 148 p. 338. Se discutía el alcance del derecho de réplica cuando algún tipo de información injuriosa y/u ofensiva es publicada. Este derecho estaba reconocido en el Pacto San José de Costa Rica ya incorporado en nuestro sistema interno frente a su compatibilidad con la libertad de expresión reconocida por la CN.

<sup>26</sup> Por ejemplo en Fibraca, ED 154:161. En este caso, la cuestión debatida versaba sobre la falta de jurisdicción de la Corte para entender en una disputa que había sido decidida con anterioridad por una sentencia de un tribunal arbitral. Otro caso que reitera la jurisprudencia de la Corte fue Hagelin Ragnar, ED 158:130.

<sup>27</sup> Sabsay, Daniel, *op. cit.*, nota 14.

peruana se estipula que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

A continuación se enuncian una serie de instrumentos internacionales, (pactos, convenciones y declaraciones). Si bien ya afirmamos lo indistinto que resultan las diferentes denominaciones que no alteran la naturaleza jurídica de los mismos, se mencionan dos declaraciones (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la posterior Declaración Universal de Derechos Humanos).

Estas declaraciones se dictaron como principios morales sin efectos vinculantes pero con el tiempo fueron adquiriendo otro carácter. Si analizamos la Opinión Consultiva núm. 10 de 1989 solicitada por Colombia sobre el estatus jurídico de esa Declaración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la Asamblea General de la OEA reconoció que la Declaración es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros.

El artículo en análisis continúa diciendo que esos instrumentos tienen jerarquía constitucional. La Constitución de Perú de 1979 artículo 105 reza: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Luego de discusiones doctrinarias parece haber quedado claro hoy que no forman parte del texto de la Constitución, sino que estarían en un mismo escalón integrando lo que Bidart Campos dio a llamar un *bloque de constitucionalidad*, estos tratados de derechos humanos y los que se incorporen con igual jerarquía y como dice el precepto constitucional se entienden complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, es decir, constituyen un *plus*.

Tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, esto es, con las reservas válidas formuladas por los Estados parte y aceptadas por éstos y con el alcance de la interpretación que de ellos hagan los tribunales internacionales. Otros tratados sobre derechos humanos pueden ser incorporados con jerarquía constitucional si siguen el procedimiento especial establecido en esa cláusula. Dos fueron incorporados luego de la reforma: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y recientemente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

En el artículo 75, inciso 24, se demuestra una postura en favor de los procesos de integración regional y especialmente del Mercosur que ya estaba en vigencia. Encontramos aquí a los tratados de integración que cumplan con tres requisitos: respeto al orden democrático,<sup>28</sup> respeto a los derechos humanos y que se celebren en condiciones de reciprocidad e igualdad. Se establece que las normas dictadas en su consecuencia, esto es el derecho derivado, tienen jerarquía superior a las leyes, pero no jerarquía constitucional. También ha sido inspirado en el artículo 106 de la Constitución de Perú de 1979 que establece que “los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes”. En Argentina se prevén dos procedimientos diferentes alentándose la celebración de tratados de integración con Estados de Latinoamérica<sup>29</sup> por sobre los celebrados con otros Estados<sup>30</sup> en donde además se requiere la declaración de conveniencia.

Es interesante la delegación de “competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” que se estipula en la cláusula. Remitimos a las observaciones que efectuamos sobre este punto en el acápite sobre la no pérdida de la soberanía en este caso. Coincidimos con Treacy<sup>31</sup> en cuanto afirma que sería incoherente exigir una mayoría calificada cuando se delegan competencias en virtud de un tratado de integración, y no exigir la cuando se delegan competencias a un órgano supraestatal en materia de un tratado de derechos humanos que no alcanza la mayoría establecida en el artículo 75, inciso 22, para adquirir jerarquía constitucional.

Por otra parte, dijimos que se incorpora el artículo 124 referente a las provincias, dado que nuestro sistema es federal. Las provincias, preexistentes al Estado nacional, conservan el poder no delegado a la nación. Pueden celebrar tratados internacionales pero con tres limitaciones: que sean compatibles con la política exterior de la nación, acordes con las facultades delegadas al gobierno federal y que no afecten el crédito público de la nación.

<sup>28</sup> Estos tratados son una herramienta más para consolidar los procesos democráticos.

<sup>29</sup> En América Latina hay pluralidad de sistemas de integración que coexisten en consonancia con lo establecido por la Organización Mundial del Comercio, como la ALADI, el Grupo Andino, el Mercosur, entre otros. Sin embargo, aquí no hay delegación de competencias en un órgano supraestatal y no nos encontraríamos en presencia de los tratados del artículo 75, inciso 24. Treacy, Guillermo, *El principio de supremacía de la Constitución frente a los tratados de integración regional*, La Ley, 2000-F, p.1211.

<sup>30</sup> Como podrían ser las tratativas Unión Europea-Mercosur o “4+1”, etcétera.

<sup>31</sup> Treacy, Guillermo, *op. cit.*, nota 29, p.1215.

Dado que la política exterior de la nación está en cabeza del presidente de la República, la celebración de tratados internacionales por las provincias debe contar con la intervención del Poder Ejecutivo, con lo cual la autonomía que se les reconoce en esta materia sufre restricciones.

La facultad de celebrar tratados de integración ha sido conferida al Congreso de la Nación. De allí que las provincias no tienen competencia para celebrarlos.<sup>32</sup> Además recordemos que en nuestra pirámide jurídica las Constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales se encuentran en un escalón por debajo de las leyes nacionales.

Por último no queremos dejar de mencionar, dado la creciente utilización que de ellos se ha hecho en los últimos tiempos y su importancia, los acuerdos celebrados en forma simplificada, es decir, sin que el Poder Legislativo intervenga y que entran en vigor con su sola firma que coincide con la fecha de negociación. Las razones por las que se recurre a ellos son: el derecho internacional no hace depender la validez de los tratados de ninguna forma especial. Y en la práctica ello se ve favorecido por factores como el aumento progresivo de las relaciones interestatales, y su rapidez y tecnicismo crecientes para hacer frente a las necesidades políticas y económicas de las relaciones internacionales, el aumento progresivo de la importancia del Poder Ejecutivo, y el formalismo y la lentitud del procedimiento parlamentario.<sup>33</sup> Bianchi<sup>34</sup> los encuadra dentro del artículo 99, inciso 11, en cuanto establece “otras negociaciones”, por ende fuera de los artículos 75, incisos 22 y 24.

<sup>32</sup> Boggiano, Antonio, *Teoría del derecho internacional*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 157.

<sup>33</sup> Smets, P. F., *La conclusión des accords en forme simplifiée, étude de droit international et de droit constitutionnel belge et comparé*, Bruselas, 1969, p. 8. Citado en Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 12a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 140.

<sup>34</sup> Bianchi, Alberto, *Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 197.

#### IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO COROLARIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Hemos visto que en Argentina, Brasil, Paraguay y Bolivia se establece la supremacía de la Constitución. La Constitución es la expresión máxima de soberanía nacional y está por encima de todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto habría control de constitucionalidad (análisis de adecuación de las normas a la carta magna) como consecuencia de ese poder supremo y del principio de legalidad, toda vez que los jueces deben abstenerse de aplicar leyes que son contrarias a la Constitución.

Vale aclarar que esto se da en las Constituciones rígidas puesto que en las flexibles la ley posterior deroga a la anterior.

El procedimiento de control puede ser difuso, concentrado o mixto (ejemplo de este último es Brasil). En un método difuso cualquier juez realiza el control y la decisión adoptada en una causa sobre la inconstitucionalidad de la ley, sólo tiene efectos con relación al caso concreto y las partes que intervinieron en el proceso (por ejemplo Argentina). Este método puede llegar a ser peligroso en un sistema donde reina la desconfianza en los tribunales como órganos de control.

El procedimiento de control concentrado se caracteriza por conferirse a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional (Paraguay a través de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

##### 1. *Brasil*

Una vez incorporados al ordenamiento brasileño, los tratados son considerados como leyes inferiores a la Constitución y por ende sujetos al control de constitucionalidad que como dijimos al inicio es mixto. El método difuso encuentra fundamento en el artículo 102, inciso III, del que se deduce que cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad (agregamos el artículo 97) y concentrado en el Supremo Tribunal Federal, según el artículo 102 I a.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Silva, José A. da, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en García Belaúnde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 395.

Adelantamos que puede surgir que determinados dispositivos de orden interno que conciernen a una libertad individual dispongan de una manera y una norma de derecho internacional de otra. Por ejemplo, el caso de la prisión por infidelidad depositaria. La Constitución Federal de 1988 proclama que no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y la del depositario infiel. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que nadie puede ser puesto en prisión sólo por no cumplir con una obligación contractual. Con la ratificación de los tratados internacionales, según el Supremo Tribunal Federal no estaría revocado lo que dispone la Constitución federal.<sup>36</sup>

Es interesante destacar que se regula expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión y los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad.

## 2. Paraguay

La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales (artículos 132 y 259).

En el artículo 260 de su carta magna dentro de los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional se establece el de “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución”.

Para que exista declaración de inconstitucionalidad debe haber caso judicial y se establece que el fallo dictado sólo tendrá efecto con relación a este caso.

## 3. Bolivia

La Ley 1473/93 de necesidad de reforma le dedicaba un título *ex novo* al Tribunal Constitucional, el cuarto, desvinculado del Poder Judicial. Sin embargo, luego de la reforma el Tribunal quedó subsumido en el título tercero dentro del Poder Judicial, diferenciándose del sistema constitucional chileno.

<sup>36</sup> Oliveira Mazzuoli, Valerio de, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

Por el artículo 116 IV se le otorga al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad y específicamente en el artículo 119 VII la atribución de conocer y resolver la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales. En consonancia se encuentra el artículo 7o. 10) de la Ley núm. 1836 del 19 de marzo de 1998, reglamentaria del Tribunal.

Los efectos varían según el caso, conforme al artículo 121, inciso II, de la Constitución. Es decir que cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. Pero cuando la sentencia se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

En el artículo 113 de la ley, cuando en los tratados o convenios internacionales existiera duda fundada sobre su constitucionalidad, se establece el deber del presidente del Congreso Nacional de enviar el instrumento en consulta al Tribunal Constitucional. Una vez recibida la consulta, el Tribunal Constitucional cita al ministro de relaciones exteriores en representación del Poder Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que aquél en quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. Finalmente, el Tribunal, en el término de 30 días, emite declaración constitucional con efecto vinculante.

En la jurisdicción constitucional se pueden considerar tanto los proyectos como los tratados o convenios ya firmados y/ o aprobados por el Congreso. El problema radica en considerar hasta dónde surte efectos esta declaración de inconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos ya puestos en vigencia comprometiendo la fe del Estado.<sup>37</sup> En opinión de Harb, una vez aprobados por el Congreso un tratado o convenio internacional, la declaratoria de inconstitucionalidad obliga al gobierno a tramitar la revisión del mismo o desahuciarlo. En lo que se refiere a los proyectos de tratados o convenios que todavía no han sido aprobados por el Poder Legislativo, la declaratoria de inconstitucionalidad permite que no los firme el Ejecutivo o en su caso que el Congreso los rechace hasta tramitar la modificación.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Harb, Benjamín Miguel, "La jurisdicción constitucional en Bolivia", en García Belaúnde, D., *op. cit.*, nota 35, p. 350.

<sup>38</sup> Para Víctor Bazán el control es previo, no ostenta carácter obligatorio ni automático y resulta con anterioridad a la sanción de la ley de aprobación de los mismos. *Op. cit.*, nota 21, p. 635.

Si el Tribunal declara que el tratado o convenio es contrario a la Constitución, éste no podrá ser aprobado. Pero en el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional.

#### 4. *Argentina*

Dijimos que el control es difuso. Sólo están habilitados para ejercerlo los órganos judiciales.

Bianchi considera que la jurisdicción constitucional en nuestro orden federal derivó de un poder implícito del Poder Judicial, ya que la Constitución histórica no asignó expresamente —ni siquiera en sus artículos 116 y 117— dicha jurisdicción a los tribunales federales. Después de la reforma de 1994, el artículo 43 (regula el instituto del amparo en su primera parte) ha incorporado una alusión al control judicial de constitucionalidad.

Nuestro país conserva una larga historia sobre la doctrina acuñada por la Corte con relación a las cuestiones políticas no judiciales. Cuando esto se produce, nuestro máximo tribunal no se expide sobre la constitucionalidad, fracasando así el principio de supremacía de la Constitución.

Para el maestro Bidart Campos es imposible interpretar que haya “algunas” causas (políticas) que escapen al juzgamiento.<sup>39</sup> Con lo cual afirmamos que los tratados, cualquiera que sea su materia, son susceptibles de control judicial en diferentes momentos y con diferentes alcances.

En la causa *Petric Domagoj c. Diario Página 12* de 1998<sup>40</sup> el voto de la mayoría analizó la constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta de la Convención Americana de Derechos Humanos y se expidió por su constitucionalidad. Nos preguntamos cuáles hubieran sido los efectos de la sentencia si hubiera declarado su inconstitucionalidad, luego de la incorporación con jerarquía constitucional de la Convención. En cambio, la disidencia de Belluscio en un voto ajeno al contexto en el que estamos inmersos declaró la inconstitucionalidad del derecho considerando que los tratados son normas constitucionales de segundo rango.

<sup>39</sup> Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. III, p. 452.

<sup>40</sup> La Ley 1998-F-53 con comentario de Gelli, María Angélica, *El caso Petric ¿valor agregado de la rectificación o respuesta?*

Consideramos que los tratados que se refieren a derechos humanos, antes de su entrada en vigor en el ámbito internacional pueden ser revisados en su adecuación con el texto constitucional, es decir, en cuanto a su legalidad pero no en cuanto a la oportunidad, mérito o conveniencia del mismo previamente decidido por los órganos políticos. No puede haber incorporación definitiva en el derecho interno de un acuerdo internacional que no entró en vigor en la esfera internacional. Pero luego de su entrada en vigencia, sólo pueden ser objeto de denuncia por criterios de seguridad jurídica, de cumplimiento de las obligaciones asumidas y por la naturaleza de los derechos amparados por estos tratados. Antes de su entrada en vigor si se declara la inconstitucionalidad del mismo, el Congreso se deberá abstener de aprobarlo.

El artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es fuente de una obligación especial desde el mismo momento de la firma del tratado, aun cuando fuese necesaria la ratificación posterior para que el Estado se obligue en los términos del tratado. Esta obligación especial es la de no realizar actos que frustren el objeto fin del tratado.

Esto indica que los Estados parte de la Convención deberán ser sumamente cuidadosos de los actos que realicen una vez que hayan celebrado un tratado, debiendo valorar todos los elementos y objetivos de sus políticas internas e internacionales con el objeto de no realizar actos contrarios al fin del tratado, antes de manifestar expresamente si van o no a obligarse por él. De otra manera verían comprometida su responsabilidad internacional.<sup>41</sup>

Coincidimos con Nogueira Alcalá<sup>42</sup> en cuanto sostiene que el tratado válidamente incorporado al derecho interno no puede ser cuestionado en su validez ni en su aplicabilidad, ya que ellas vienen dadas por el derecho internacional y Chile está vinculado por los principios generales del derecho internacional de buena fe y de cumplimiento de las obligaciones internacionales de la Convención de Viena.

No pueden ser afectados ni siquiera por reforma de la Constitución ni por actos o normas emanadas de los órganos estatales, presentando las normas de los tratados una especie de fuerza pasiva frente a toda norma interna posterior a su incorporación al derecho interno. La única posibilidad de

<sup>41</sup> Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Pose, *Derecho internacional público*, Zavalia, 1999, t. I, pp. 111 y 112.

<sup>42</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "La jurisdicción constitucional en Chile", en García Belaúnde, D., *op.cit.*, nota 35, p. 549.

desvincularse de los contenidos normativos de un tratado es de acuerdo al procedimiento de denuncia del tratado.

En nuestro artículo 75, inciso 22, se encuentra regulado un procedimiento especial para la denuncia de los tratados que versen sobre los derechos humanos.

Los otros tratados y los de integración y su derecho derivado pueden ser revisados incluso después de su entrada en vigor. Supongamos una norma derivada que no respeta los derechos humanos, ésta puede ser revisada y declarada inconstitucional por los órganos judiciales. Luego los órganos políticos deberán decidir si corresponde denunciarlos. Por ejemplo en el caso *Washington Cabrera c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*<sup>43</sup> nuestro máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 4o. del Acuerdo de Sede entre Argentina y la organización, puesto que establecía la absoluta inmunidad de jurisdicción de la Comisión impidiendo a los que se podrían encontrar afectados el acceso a la justicia.

## V. CONCLUSIONES

Coincidimos con quienes<sup>44</sup> afirman que al regularse la denuncia de los tratados por los órganos políticos, se habilita al Congreso para ejercer el poder constituyente derivado, puesto que puede dejar sin efecto el ejercicio de derechos con rango constitucional, sin necesidad de cumplir con las normas referidas al procedimiento para reformar la Constitución. La rigidez de las Constituciones en este nuevo contexto se flexibiliza.

Advertimos también la posible colisión a raíz de estos nuevos instrumentos internacionales que se incorporan en alguno de sus derechos garantizados frente a aquéllos expresados en el ordenamiento interno de los Estados y en los preceptos constitucionales. Por ejemplo, en el artículo 36 de la Constitución argentina se establece que los autores de actos de fuerza contra el orden institucional y democrático serán pasibles de inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos. El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con jerarquía constitucional en Argentina prevé que todos los ciudadanos gozarán sin restricciones indebidas del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, votar y ser ele-

<sup>43</sup> Fallos 305: 2150.

<sup>44</sup> Sabsay, Daniel, *op. cit.*, nota 22, p. 119.

gido en elecciones periódicas, auténticas y tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

También puede ocurrir que en un Estado federal, los tratados celebrados por el gobierno nacional invadan competencias que les corresponden a las provincias. Como vemos las tensiones que se provocan no son de menor importancia y deberán ser analizadas en cada caso en que se planteen.

Un derecho internacional imbuido de personalismo humanista ostenta una finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático tanto en lo atinente al sistema de derechos, cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal.<sup>45</sup>

Se ha observado la asimetría normativa imperante en las Constituciones de Brasil, Argentina, Paraguay y Bolivia, países comprometidos en el bloque Mercosur, con el consecuente debilitamiento que produce en el perfeccionamiento del proceso de integración. No se puede seguir sosteniendo que la legislación pueda derogar un tratado internacional interna por un criterio cronológico. Además recordemos el principio *pro homine* que debe reinar en todo conflicto normativo en materia de derechos humanos.

La falta de claridad en las normas no tiene correspondencia con los motivos inspiradores expresados en los preámbulos. Se produce una inseguridad jurídica interna e internacional. ¿Qué seguridad jurídica ofrecería un Estado de estas características en el cumplimiento de sus compromisos internacionales? Se requiere adaptar los textos, hacer normas más transparentes y efectivizarlas. No se trata de un problema de filosofía o sociología, sino de mera decisión política de proteger a los individuos que habitan en estos Estados.

Nuestras sociedades latinoamericanas aún atraviesan un estadio de inmadurez cívica. Por otra parte, demuestran resistencias por parte de los poderes públicos en el reconocimiento de una participación de las organizaciones de la sociedad civil, en los acuerdos internacionales celebrados en una esfera intergubernamental. Heridas que en definitiva afectan directa e inmediatamente la libertad de los individuos que se desarrollan en ellas.

<sup>45</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 469.