

Título: [El juicio de compatibilidad de los tratados internacionales realizado por el Congreso](#)

Autor: [González Campaña, Germán](#)

Publicado en: [LA LEY 10/11/2004, 1](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/2538/2004](#)

Algunos de los interrogantes que plantea la (confusa) redacción del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, producto de pujas entre convencionales y grupos de presión, han comenzado a cerrarse o insinuarse recién en estos momentos, transcurridos diez años de la reforma de 1994. A lo largo de este tiempo, las frases "en las condiciones de su vigencia", "no derogan artículo alguno de la primera parte" y "deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", han generado más dudas de las que se pretendieron evacuar.

La Corte Suprema procuró desde un principio conciliar algunos de estos pasajes, al sostener que la alusión a la no-derogación de artículo alguno de la primera parte se refiere a un juicio de comprobación realizado a priori por los constituyentes, "en virtud del cual han cotejado los tratados y artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" [\(1\)](#).

Ha sido, sin duda, una lectura inteligente, destinada a evitar interpretaciones literales que conduzcan a ubicar a los tratados internacionales más allá de la línea del art. 35 de la Constitución, lo que fragmentaría el «sistema constitucional», y traería aparejado más problemas que soluciones [\(2\)](#).

Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, no surge del diario de sesiones de la Asamblea Constituyente que se haya realizado tal confron­te, norma por norma, de esos instrumentos internacionales [\(3\)](#). Se trató, por consiguiente, de una ficción jurídica ideada por el cimero Tribunal para mantener la sabia línea jurisprudencial que concibe a la Constitución como un conjunto armónico, sin cortocircuitos entre sus diversas partes, criterio ahora extendido a los tratados internacionales que conforman el bloque federal, entendido como «un todo sistemático» [\(4\)](#).

Esta (valiosa) pauta hermenéutica plantea nuevos problemas a la hora de pretender aplicarla al párrafo tercero del inciso segundo del mismo art. 75, en cuanto faculta al Congreso a otorgar jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos no enumerados.

Apenas concluida la Convención de Paraná, los primeros comentaristas pusieron de resalto que este agregado importaba un cambio sustancial en el mecanismo de reforma de la Constitución. Para algunos, nuestra Carta política había dejado de ser rígida, mientras que otros entendían que se había flexibilizado parcialmente, aunque el único procedimiento de enmienda continuaba siendo el previsto en el art. 30, pues los tratados no se incorporan al texto constitucional, sino que sólo lo complementan.

Estas cuestiones no suscitaron mayor debate fuera del ámbito académico, ni siquiera en 1997, cuando el Legislativo otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas mediante ley 24.820 (Adla, LVII-C, 2893).

El asunto recién tomó estado público en septiembre del 2003, cuando el Congreso, luego de declarar insanablemente nulas las leyes de obediencia debida y punto final, elevó a rango constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por ley 25.778 (Adla, LXIII-E, 3843), con el deliberado propósito de otorgar un marco supralegal a la persecución de los actos de terrorismo de Estado perpetrados durante la década del '70, como dan cuenta los debates parlamentarios.

Como se sabe, la aplicación retroactiva de dicha Convención planteó el problema de la posible incompatibilidad de la misma con el principio de la irretroactividad de la ley penal, consagrado no sólo en el art. 18 de la Constitución nacional, sino también en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, jerarquizada por los convencionales de 1994, y erigido a la categoría de «principio de derecho público» al que alude el art. 27 de la Carta Fundamental.

No trataremos aquí de dilucidar tan delicada cuestión. Sólo queremos resaltar un problema novedoso en el constitucionalismo moderno: la delegación de facultades constituyentes a favor de uno de los poderes constituidos, el Congreso, y algunas derivaciones -impensadas- del mismo.

Llevado el planteo recientemente al terreno judicial, los votos que conformaron la mayoría de opiniones en "Arancibia Clavel" [\(5\)](#), evitaron analizar este escabroso tema a la luz de los precedentes de la Corte nacional. No está mal que así lo hicieran. Un destacado constitucionalista norteamericano, Cass Sustain, tiene elaborada la tesis del "minimalismo judicial", que explica cómo mediante el juego de dejar las cosas sin decidir, la Corte puede abstenerse de resolver cuestiones que no cuenten en el momento con una solución clara, permitiendo de esa forma generar el debate público primero, para recién ahí sentar una posición al respecto [\(6\)](#).

No hizo lo mismo Boggiano, quien, en su estudiado voto, sostuvo que "en rigor, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y solo complementa los derechos y garantías en ella declarados" (cons. 10).

También Fayt abordó esta álgida cuestión. En su voto disidente, sostuvo que "[los] instrumentos [internacionales] prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento (disidencia del juez Belluscio en Fallos, 321:885). De allí que su jerarquización (de segundo rango) exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte (en tanto custodio e intérprete final de la Constitución) tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, realizar ese juicio de comprobación" (cons. 24).

Es decir, que existen dos visiones distintas entre los ministros sobre este juicio de compatibilidad: mientras que para algunos se debe entender como algo realizado a priori por el Congreso, al otorgar rango constitucional a los tratados, para otros debe ser el propio Poder Judicial -y la Corte Suprema, en última instancia- el encargado de hacerlo, a posteriori de su jerarquización.

Esta discusión pone de manifiesto las dificultades operatorias que surgen al llevar a cabo la autorización del constituyente de otorgar jerarquía constitucional a tratados internacionales. El primer problema práctico que advertimos, manifestado desde 1997, radica en que las convenciones reconocidas con grada constitucional por el Congreso no aparecen en el listado de tratados enumerados en el art. 75 inc. 22. Ello, quizás, sea lógico, pues no puede un simple editor modificar el texto constitucional a su antojo. La duda radica en saber si el Congreso, al ejecutar la delegación del constituyente, puede ordenar su incorporación en dicho catálogo, cosa que no ha hecho en ninguna de las dos oportunidades anteriores. Por nuestra parte, no encontramos inconveniente alguno para ello, pudiendo hacerlo en uso de los poderes implícitos que le acuerda el art. 75 inc. 32 para llevar adelante sus facultades explícitas (en este caso, las del art. 75, inc. 22, párr. 3°).

Lo que sí nos parece criticable es la metodología utilizada por el constituyente de 1994. La Constitución ha dejado de ser un conjunto reducido de cláusulas cuyo entendimiento se encuentra al alcance de cualquier persona con instrucción cívica elemental, para pasar a ser un grupo disperso de normas, cuyos contenidos no surgen siquiera de la mera lectura de su articulado. La Constitución nacional, podríamos decir, «es» la sumatoria de sus 129 artículos, más las cláusulas transitorias, más diez declaraciones y tratados (y un protocolo) enumerados expresamente, más otros tantos no enumerados -hasta ahora dos-, que para saber a ciencia cierta cuáles son, se debe acudir al Boletín Oficial. Se trata, sin dudas, de un sistema híbrido o, por lo menos, complejo. Todo lo contrario a la sencillez que debe caracterizar a una constitución.

La segunda complicación es más grave aún. La deficiente redacción del inciso 22 del art. 75 de la Constitución, obligó a la Corte a elaborar una interpretación conciliatoria de su texto: cuando dice "no derogan artículo alguno" -explicó el Tribunal- no significa "no pueden derogar", sino "no han derogado". No se trata de un análisis posterior -v.gr. planteado un caso judicial- sino de uno previo, que supuestamente habría tenido lugar en el seno la Asamblea Constituyente, juicio que no se puede discutir: su acierto (al compatibilizar) es una cuestión no judicial.

Nos preguntamos, ¿puede aplicarse esta doctrina judicial sin más a los nuevos tratados jerarquizados ya no por el constituyente, sino por el Congreso de acuerdo al art. 75 inc. 22 tercer párrafo? La pregunta no tiene una respuesta clara. Se podría pensar que si se acudió a una ficción respecto del cotejo supuestamente realizado artículo por artículo en la Convención de 1994, bien podría haber sucedido lo mismo en el Parlamento en 1997 y 2003, aunque más no fuera en las comisiones respectivas.

Se trata, sin duda, de un tema difícil, sin una solución concreta en el derecho comparado que nos auxilie en la interpretación. Pero quizás, lo más escabroso no radique en los aspectos técnicos, sino en aceptar sin resquemores sus consecuencias: la irrevisabilidad judicial del juicio de compatibilidad realizado por el Congreso entre la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en cuanto declara imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I, párrafo inicial e inc. b) y la Constitución nacional, en

cuanto consagra el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal -nula poena sine lege- como uno de sus baluartes más preciados (art. 18 Constitución nacional y 9 del Pacto de Costa Rica -Adla, XLIV-B, 1250-).

Por nuestra parte, no creemos que el Derecho Constitucional pueda tener dogmas, librados a la fe, y exentos del control judicial de razonabilidad. Por ello, una interpretación que puede haber sido útil para armonizar frases incógnitas del constituyente, puede no ser extensible automáticamente a la tarea realizada por los legisladores. En definitiva, no hay que perder de vista que se trata de un poder constituido, al igual que el judicial, y que es la Corte Suprema quien tiene el rol protagónico de garante e intérprete último de la Constitución.

(1) CS, "Chocobar", Fallos, 319:3241, cons. 12 (LA LEY, 1997-B, 247; DJ, 1997-1-751; DT, 1997-A-598); "Monjes", Fallos 319:3148, cons. 20 y 21, "Cancela", Fallos, 321:2637 (LA LEY, 1998-E, 576; 1998-F, 115; DJ, 1998-3-1019); "S., V.", Fallos, 324:975; "Menem", Fallos, 324:2895; "Guazonni", Fallos, 324:4433; "Mignone", Fallos, 325:524 (LA LEY, 2002-C, 377; 2002-E, 135).

(2) No obstante la solitaria posición de Belluscio en "Petric", Fallos, 321:885, cons. 7 (LA LEY, 1998-C, 284; 1998-D, 335; 1998-F, 58; DJ, 1998-2-377; LLC 1998-911) y "Arranciaba Clavel", 28/08/04, LA LEY, del 9 de septiembre de 2004, cons. 15.

(3) Cfr. MANILI, Pablo L., "El bloque de constitucionalidad", Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 195.

(4) CS, "Arce", Fallos, 320:2145, cons. 7.

(5) CS, "Arancibia Clavel. Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-", 28/08/04 (LA LEY, 09/09/2004, 7; Sup.Const., octubre/2004, 4; DJ 15/09/2004, 13; RDM 2004-V, 119) con nota de MORELLO, Augusto M.. Puede leerse una opinión crítica del mismo en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel", LA LEY, Supl. de Derecho Constitucional del 13 de octubre de 2004, p. 89.

(6) SUNSTEIN, Cass R., "One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court", Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 3.