Tema de tesis

Recibidos ×

nahuel onetto <onetto.nahuel@gmail.com> lun, 2 sept 2019 11:20

para marilina.miceli

Buenas tardes. Soy el alumno Nahuel Onetto, de la carrera Abogacía, estudiante en la sede de Lomas de Zamora.
Me comunico mediante este medio para reservar el tema de tesis.

Tema: "Apertura constitucional ante el fenómeno de la integración"

Mi tutor sera la Doctora Mariela Rabino.

Marilina.Miceli@uai.edu.ar lun, 2 sept 2019 11:23

para mí

Tema registrado. atte

Dra. Marilina Andrea Miceli
Secretaria Técnica de la
Facultad de Derecho y Cs. Políticas y
Directora de la carrera de Martillero publico,
Corredor y Administrador de consorcios
Universidad Abierta Interamericana
Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

Aceptación del tutor.

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2019.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Dr. Marcos Córdoba:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. que acepto desempeñarme como tutora del Trabajo Final del alumno Nahuel Fernando Onetto. Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.

Dra. Mariela Carina Rubino
Tutora aceptante.



Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Lomas de Zamora

Carrera Abogacía

“APERTURA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y DE INTEGRACION”

Tutor: Mariela Rabino

Alumno: Nahuel Fernando Onetto

Título aspirante: Abogado

Fecha de presentación: 3 de agosto de 2021

ÍNDICE SUMARIO

Índice general …… 3

Resumen y Agradecimientos …… 8

Capítulo I: Metodología …… 11

Capítulo II: Integración …… 16

Capítulo III: Derecho Internacional Público …… 44

Capítulo IV: Derecho de la Integración ……. 65

Capítulo V: Derecho Constitucional …… 93

Capítulo VI: Conclusión ……. 124

ÍNDICE GENERAL

Índice sumario ……. 2

Índice general …….. 3

Resumen y agradecimientos ……..... 8

Capítulo I

METODOLOGÍA

1. Título
2. Área Temática
3. Tema
4. Marco Teórico
5. Objetivos
    5.1. Objetivos Generales
    5.2. Objetivos Específicos
6. Metodología
    6.1. Tipo de Tesis
    6.2. Técnica de recolección de datos
        6.2.1. Tipos de datos
        6.2.2. Fuentes documentales
7. Problema

Capítulo II:

INTEGRACIÓN

1. Introducción
2. Origen
    2.1. Época de Globalización
3. Teorías sobre la Integración

3.1. Teoría del Derrame e Integración

4. Integración Económica
   4.1. Grados de Integración
5. Comercio e Integración
   5.1. Artículo XXIV
6. Organización Mundial del Comercio
   6.1. Estructura de la OMC
   6.2. Características de la OMC
7. Sistema de solución de diferencias de la OMC
   7.1. Normas y procedimientos
   7.2. Procesos y etapas
      7.2.1. Consultas Bilaterales (primera etapa)
      7.2.2. Conformación de un grupo especial (Segunda Etapa)
      7.2.3. Órgano de Apelación
      7.2.4. Aplicación de las recomendaciones del informe adoptado
   7.3. Derecho aplicable
      7.3.1. Acuerdos
      7.3.2. Principios generales de la interpretación

Capítulo III

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. Introducción
2. Tratados Internacionales
3. Convención de Viena
   3.1. Ámbito material de aplicación
   3.2. Ámbito territorial de aplicación
   3.3. Clasificación de los Tratados
      3.3.1. Tratados bilaterales o multilaterales
      3.3.2. Tratados abiertos o cerrados
      3.3.3. Tratados en buena forma o de forma simplificada
      3.3.4. Tratado contrato o Tratado Ley
   3.4. Naturaleza de la Convención de Viena

3.5. Resolución de Conflictos
3.6. Entrada en vigor y aplicación de los tratados
3.7. Extinción de los tratados

4. Incorporación de la Convención de Viena al sistema normativo argentino
   4.1. Ley 19.865
   4.2. Constitución y Convención
5. Ius Cogens
6. Costumbre Internacional
7. Tratados de Inversión
   7.1. Clausula Calvo
   7.2. CMS Gas Transmission Company c/ Argentina

Capítulo IV

DERECHO DE INTEGRACIÓN

1. Introducción
2. Derecho de Integración
   2.1. Características del derecho de integración
      2.1.1. Aplicabilidad inmediata o automática
      2.1.2. Aplicación directa
      2.1.3. Aplicabilidad de las normas por los jueces nacionales
      2.1.4. Supremacía
3. Relación del derecho de la integración con el derecho interno
   3.1. Relación dentro del Mercosur
      3.1.1. Aplicación directa
      3.1.2. Primacía
      3.1.3. Orden público
4. Fuentes
   4.1. Derecho originario
   4.2. Derecho derivado
   4.3. Jerarquía de fuentes
5. Derecho de integración dentro del sistema normativo argentino
   5.1. Derecho de la integración y derecho internacional privado
6. Procesos de integración que conformó Argentina

6.1. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

6.2. Asociación Latinoamericana de Integración

6.3. Mercado Común del Sur

6.3.1. Relación entre el Mercosur, ALADI y GATT

6.3.2. Relaciones externas del Mercosur y Negociaciones multilaterales

6.3.2.1. Acuerdo entre el Mercado Común del Sur y la Unión Europea

6.3.3. Cooperación del Mercosur

6.3.3.1. Cooperación dentro del Mercosur

6.3.3.2. Cooperación fuera del Mercosur

Capítulo V

Derecho Constitucional

1. Introducción
2. Monismo y dualismo
   2.1. Monismo
      2.1.1. Afirmación del Monismo
   2.2. Dualismo
   2.3. Posición de la Constitución Nacional
3. Relación entre la Constitución Nacional y el derecho internacional
   3.1. Bloque de Constitucionalidad
   3.2. Análisis de los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 y 24
      3.2.1. Artículo 27 de la Constitución Nacional
         3.2.1.1. Relación del artículo 27 de la Constitución Nacional y el artículo 27 de la Convención de Viena
      3.2.2. Artículo 31 de la Constitución Nacional
      3.2.3. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional
         3.2.3.1. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos
         3.2.3.2. Concordatos con la Santa Sede
      3.2.4. Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional
4. Federalismo e integración
   4.1. Artículo 124 de la Constitución Nacional
5. Control de Constitucionalidad

6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
   6.1. Merck Química c/ Argentina
   6.2. Martin y Cia. Ltda. S.A. c/ Gobierno Nacional, Administración General de Puertos
   6.3. Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo, y otros s/ amparo
   6.4. Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo, y otros s/ recurso de hecho
   6.5. Café La Virginia S.A. s/ apelación.

Capítulo VI

Conclusión

Agradecimientos

A mi mama y mi papa que se esforzaron tanto para que este momento llegara y pueda estar terminando mi primera carrera de grado.

Especialmente a mi mama que me tocó perderla físicamente en el último tiempo, pero está conmigo en todo momento.

A mis hermanas y a mis sobrinos que son el motor, sin ellos nada sería posible.

A mis amigos, en especial a Agustín Montenegro que están siempre a mi lado incondicionalmente y es el hermano que me dio la vida.

A los docentes de la Universidad Abierta Interamericana, por su tiempo y dedicación. Especialmente a la Profesora Mariela Rabino y a la Profesora Agustina Infiesta que me acompañaron constantemente en este desafío y dedicaron parte de su tiempo en este trabajo.

Al Doctor Alejandro Perotti que fue una fuente constante y me invitó a participar en numerosas jornadas sobre la materia, además de brindarme consejos sobre la materia y despertando un interés constante sobre esta rama de derecho.

Y por último un agradecimiento especial al Doctor Luis Damián Forlani, profesor de la casa, que estuvo en los momentos más duros apoyándome y contagiándome esa forma pasional de ver el derecho. Este trabajo también está hecho en su memoria y en su honor.

RESUMEN

El presente trabajo buscará realizar un análisis armonioso entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, entendiendo que en el Siglo XXI si se observa al derecho interno sin incorporar al derecho internacional, el derecho comunitario y el derecho de la integración, sería una observación incompleta y reducida de la realidad.

El Estado Argentino, con la modificación que ha sufrido la constitución en el año 1994, ha otorgado una gran importancia a los compromisos internacionales adquiridos y ha decidido formar parte del mundo jurídico como un todo inescindible, especialmente cuando el tema en cuestión son los Derechos Humanos.

Sin embargo, la ley 24.309 en su artículo 7 impedía tocar los primeros treinta y cinco artículos que constituyen la parte dogmática de nuestra Constitución, quedando incluidos los artículos 27 y 31, los cuales se vieron claramente influenciados por el artículo 75 inciso 22 y el inciso 24. Estos dos nuevos artículos han puesto fin a una larga discusión doctrinal y jurisprudencial, sobre qué lugar debían ocupar los tratados internacionales en los que se compromete la República Argentina dentro de la jerarquía jurídica interna.

Por lo tanto, se buscará conectar las dos partes de nuestra carta magna, teniendo como base la Constitución Nacional, pero desde una mirada del derecho de la integración, el cual en un mundo globalizado como el de hoy en día presenta uno de los desafíos más grandes para todos los juristas.

El trabajo realizado intenta mostrar la importancia de la integración, no como algo abstracto sino como algo práctico, el busca estimular el bienestar y el desarrollo de todos los países del continente.

La tesis se divide en seis capítulos, partiendo con un capítulo metodológico y finalizando con un capítulo a modo de conclusión.

El trabajo intenta ir de lo general a lo particular y es por esto por lo que el capítulo II habla exclusivamente de la integración económica, de sus teorías, de sus grados y la influencia del comercio en el siglo XXI, es un capítulo que le otorga al lector una introducción amplia sobre el fenómeno de integración y permite poner en contexto la importancia de este tema en el mundo actual donde vivimos.

En el capítulo III el trabajo comienza a tratar cuestiones más particulares, propias del Derecho Internacional Público, específicamente se le da un lugar destacado al análisis de la Convención de Viena en su artículo 27 y como la misma se incorporó al sistema normativo argentino con la ley 19.865. Pero el abordaje no solo es normativo, también se trabajó sobre el Ius cogens y la costumbre internacional.

Luego el capítulo IV, en donde se explicará la integración, pero desde una perspectiva solamente jurídica. En dicho capítulo se desarrollarán sus características, sus relaciones con el derecho interno y con el derecho internacional privado, sus fuentes y los procesos en los cuales formó parte el Estado argentino. A modo de opinión personal, este capítulo presenta un gran desafío jurídico interesante con vistas al futuro, con respecto al posible acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea.

El próximo capítulo es el más específico, es exclusivamente un análisis de nuestra Constitución y como todo lo expresado en los capítulos previos se relacionan con el texto de la ley fundamental, señalando la contradicción de nuestra parte dogmática y nuestra parte orgánica y cómo esta afecta a nuestro sistema normativo, abordando la discusión doctrinaria entre el monismo y el dualismo, utilizando jurisprudencia del máximo tribunal para que la discusión se vea en casos prácticos, explicando también el rol del federalismo y la integración ,y el control constitucional de todas las normas.

El último capítulo, el número IV, se dará un cierre con una conclusión sobre el tema que fortalezca y estimule a nuevas investigaciones sobre el derecho de integración.

Capítulo I

Diseño metodológico

1.- **Título:** "APERTURA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y DE INTEGRACION"

2.- **Área Temática**: Derecho de la integración

3.- **Sub área temática**: derecho constitucional, derecho político, derecho internacional público

4.- **Marco Teórico:**

La integración no es un fenómeno contemporáneo. A lo largo de la historia hubo intentos, algunos más exitosos que otros, de agrupar Estados a través de la fuerza, de la conquista y de la guerra. Por ejemplo, el Imperio Romano, el Imperio Español, Napoleón, el Imperio Inca, etc.

El siglo XX ha generado un gran cambio en el método, se dejó de utilizar la conquista, la guerra y se comenzó a utilizar el diálogo, el respeto a la ley, el esfuerzo en conjunto y lo más importante, la creación de un poder supranacional que regule, cuidadosamente, el equilibrio de poder entre los Estados miembros.

La idea no es nueva, el filósofo prusiano Immanuel Kant (1724 – 1804) ya escribio al respecto en el año 1795 su obra "*Sobre la paz perpetua".* En dicha obra el autor hacía referencia a la creación de un orden mundial pacifico, a través de la creación de un orden global, donde los Estados son independientes, ya que no hay un sometimiento, sino que hay un nuevo contrato social entre los Estados, el cual es voluntario y su principal objetivo es resolver los conflictos mediante un proceso, no a través de la violencia.

Sin embargo, durante la primera mitad del siglo XX esta idea de paz e integración se vió refutada por el filósofo jurídico alemán Carl Schmitt (1888 – 1895). Su visión era sumamente crítica a todo tipo de universalismo y cosmopolitismo, como el que planteaba Kant, o más modernamente lo plantea Kelsen. Schmitt en su crítica al liberalismo

universal advertía que el universalismo podría producir nuevas formas de imperialismo ocultas.

Es importante advertir que el pensamiento filosófico de Carl Schmitt está determinado por su ideología política, la cual se basa en la enemistad, una enemistad en principio interior, la cual es existencial donde el conflicto es inevitable y la guerra es una posibilidad constante y real, ya que un mundo sin enemigos, sin la posibilidad de guerras sería un mundo sin política, siendo vital determinar un enemigo para que exista lo político.

Posteriormente, finalizada las dos grandes guerras, se abrió un período generoso a la integración regional y es Jean Monnet (1888 – 1979), basándose en la filosofía del funcionalismo, especialmente en la teoría de David Mitrany, quien da un discurso sobre el origen de la integración y cambia completamente el Estado – Nación como se lo conocía.

Monnet era un político francés a quien el gobierno le había encargado la reconstrucción de la industria francesa. Su idea consistía en unir bajo una autoridad común a Alemania y Francia, especialmente a sus dos industrias más poderosas, el acero y el carbón, las cuales eran las industrias más pujantes de la época y principalmente los insumos básicos de la guerra.

En un famoso discurso Monnet dijo: "*Hay que cambiar el curso de los acontecimientos. Para ello, hay que cambiar el espíritu de los hombres. Las palabras ya no bastan. Solo una acción inmediata sobre un punto esencial puede modificar el status quo actual".*

"Los objetivos eran los de sentar las bases para una paz estable en Europa y preparar la creación de una federación europea. Los métodos consistían en crear entre los europeos una solidaridad de hecho a través de realizaciones concretas, trabajando primero en la unificación económica y creando instituciones y reglas comunes".

Este discurso y visión de Jean Monnet fue clave y para lograr el éxito de la integración en el viejo continente, a través de un método funcionalista, descartando una integración total y de una vez, logrando alcanzarla a partir de realizaciones concretas, en sectores determinados (teoría de la "Bola de Nieve") y la institucionalización del esquema con organismos dotados de poder de decisión y virtualidad directa e inmediata en los Estados miembros.

Por su parte América Latina no quedó ajena a este movimiento y si bien la integración ha tomado una mayor preponderancia en la última parte del siglo XX, se pueden ver las primeras ideas de integracionismo en el siglo XIX. Bernardo Monteagudo fue el primero que expresó, luego de la independencia, la necesidad que tenían los países del continente americano de consolidar una federación entre quienes habían estado bajo el dominio de la Corona española, sin embargo, él creía que la alianza debía centrarse en cuestiones militares y no veía un beneficio más allá de la consolidación de una alianza defensiva en caso de que España ataque el continente.

Pero quien marcó la diferencia en nuestro territorio, fue el padre de nuestra Constitución, Juan Bautista Alberdi, fue más allá de la idea militar de Monteagudo y fue el impulsor de una integración económica y humanitaria

La diferencia con el proceso que se llevó a cabo en Europa es que en América Latina se pretendió crear un bloque limitado, a través de una unión aduanera sin fronteras internas y con la eliminación de aranceles en etapas y estos procesos fueron avanzando, complejizándose y se logró conformar un Mercado Común, el cual inevitablemente necesitó la creación de un nuevo ordenamiento.

El nuevo ordenamiento no sería ni el derecho interno de un país, ni tampoco el derecho internacional, sino que surgió un nuevo derecho que modificó el derecho interno de cada Estado, generando nuevas obligaciones y nuevos derechos a los países de la región y a los ciudadanos de éstos.

Como consecuencia de todo dicho contexto los Estados han tenido que modificar sus constituciones, cediendo soberanía a instituciones supranacionales por un fenómeno que no solo es europeo, sino que afecta a todas las regiones y a todos los Estados del mundo.

5.- Objetivos

5.1.- Objetivos Generales

a. Estudiar el desarrollo de la integración regional y en los procesos en los que la República Argentina formó parte y su injerencia en el sistema normativo argentino.
b. Analizar la contradicción entre el articulo 27 y 31 de la Constitución Nacional y el artículo 75 inciso 22 e inciso 27 de la misma.

5.2.- *Objetivos Específicos*

a. Detallar la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la creación del Estado argentino.
b. Contrastar las posturas monistas y dualistas a lo largo de la historia del derecho argentino.
c. Analizar el federalismo y el derecho internacional en los procesos de integración.
d. Interpretar el artículo 124 de la Constitución Nacional.
e. Analizar el control de constitucionalidad
f. Explicar el posible Tratado entre la Unión Europea y el Mercosur.
g. Exponer la relevancia del comercio y la integración.
h. Analizar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
i. Identificar la relación entre el derecho de integración y el sistema normativo argentino y con el derecho internacional privado.

6.- Metodología:

6.1.- *Tipo de Tesis:* Este trabajo de investigación es de tipo descriptiva y explicativa

6.2.- *Técnica de recolección de datos:* Se utilizarán técnicas de recolección de datos cualitativas, especialmente el análisis de documentos tales como leyes, tratados, protocolos, reglamentos, jurisprudencia y doctrina.

7.- Problema de investigación

La Constitución nacional aborda un gran problema entre el artículo 27 juntamente con el artículo 31 de su parte dogmática y el artículo 75 incisos 22 y 24, incluidos en la última modificación en 1994.

El artículo 27 consagra el principio de supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, al sostener que los tratados deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos en ella.

El artículo 31 reafirma la supremacía de la Constitución Nacional sobre las leyes nacionales y tratados, pero hace del conjunto de los tres tipos de normas, “la ley suprema de la Nación”.

Sin embargo, el artículo 75 inciso 22 le otorga jerarquía constitucional a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el inciso 24 les brinda a los tratados

de integración supremacía sobre las leyes nacionales que sanciona el Congreso de la Nación.

¿Cómo influyó el fenómeno de la integración regional y la globalización en la última reforma de 1994?

¿Por qué la última reforma de la Constitución Nacional de 1994, a través de la incorporación del artículo 75 incisos 22 y 24, modificó completamente el sistema jerárquico establecido en la parte dogmática de la misma?

8.- Hipótesis

La mayor intervención del Estado en asuntos internacionales, a través de tratados y convenios, tuvo como consecuencia la apertura constitucional y legal del derecho interno al derecho internacional público y privado. La globalización y la integración han sido fundamentales en este proceso, ya que los procesos de integración económica, a través de sus tratados, han tenido un efecto trascendente en el ordenamiento jurídico argentino.

La última reforma de 1994 fue la más extensa e importante que sufrió nuestra Carta Magna, a través del nuevo artículo 75 inciso 22 e inciso 24 modificó indirectamente la parte dogmática de nuestra ley fundamental. A partir de este cambio, los tratados tendrán jerarquía superior a las leyes y los tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional.

Capítulo II

Integración

"El orden republicano de un Estado constitucional basado en los derechos humanos exige no sólo una débil sujeción, propia del derecho internacional, de las relaciones internacionales, dominadas por las guerras. El orden jurídico interior de los Estados debe más bien culminar en un orden jurídico global que congregue a los pueblos y elimine la guerra." Jürgen Habermas, "La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años

1. Introducción

El hombre respondiendo a su naturaleza de ser sociable, tendió a unirse con otros para cumplir con sus objetivos, desarrollarse y esparcirse. Esa unión con el tiempo generó las primeras dificultades y los primeros conflictos, por lo cual se comenzó a delegar tareas entre los iguales, con el fin de obtener un cierto nivel de orden y control sobre el conjunto que formaba una sociedad. Lo que los hombres delegaron fue poder y este mismo se formalizó en la creación de lo que más tarde se conoció como Estado.

Los antiguos griegos, intelectualmente modernos, entendían que cada Ciudad - Estado era un Macro hombre. Siguiendo esta línea de pensamiento, es algo natural que los Estados se relacionen unos con otros para resolver diferentes necesidades y debido a estas nuevas problemáticas se estableció un nuevo sistema jurídico, que trasciende más allá del ámbito local de acción de los propios Estados.

Muchos Estados, en función a patrones sociales, económicos y políticos en común con otros, reforzaron esta relación y decidieron ceder algunas de sus facultades a un organismo supranacional, creado por ellos mismos, generando así procesos de integración entre los participantes.

Este proceso de integración entre los Estados provocó el nacimiento de comunidades de Estados, en donde los miembros comparten un sistema jurídico y

normativo único que permite, al igual que aquel hombre primitivo, un mayor nivel de organización, desarrollo, seguridad y prosperidad.

2. Origen

La integración entre los Estados se ha llevado a cabo mediante diferentes mecanismos, desde una posición más simple, como la mera fuerza, o mediante mecanismos más sofisticados como los tratados o los convenios.

Mediante la fuerza se pueden dar miles de ejemplos a lo largo de la historia, Alejandro en Macedonia, los Romanos, Napoleón, etc.

Sin embargo, luego de la Primera Guerra mundial se crea una institución novedosa, que si bien no cumplió con su propósito fue un gran avance en la cooperación entre los Estados. El 28 de junio de 1919, cinco años después del inicio de la guerra, se firmó el Tratado de Versalles, el cual entró en vigor el 10 de enero de 1920.

Como consecuencia de este, el 16 de enero de 1920 se estableció en Ginebra la llamada Sociedad de las Naciones, un organismo novedoso, con formato de asamblea democrática que debía garantizar la cooperación entre los Estados y resolución de conflictos entre los mismos, mediante un arbitraje.

El proyecto fue realizado por el entonces presidente norteamericano Woodrow Wilson, el cual puso en práctica el ideal Kantiano expresado en su obra “La paz perpetua”.

Lamentablemente la Sociedad de las Naciones fracasó, ya que – entre otras consecuencias – el mundo sufrió una segunda Guerra Mundial, pero ésta significó un nuevo avance en escenario internacional y sobre todo en la relación entre los países.

El 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos, se firmó un documento, el cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945, este documento fue la Carta de las Naciones Unidas, lo que dio nacimiento a lo que hoy denominamos Organización de las Naciones Unidas (ONU). Este fue otro avance en la cooperación entre Estados, pero la segunda Guerra Mundial genera un nuevo enfoque en las relaciones entre los mismos, no solo es importante la cooperación, sino que países comienzan a firmar acuerdos de integración entre los mismos, acuerdos en general de índole económico y no tanto político. (Comunidad Europea del Carbón y Acero; Comunidad Económica Europea,

Mercado Común del Sur, Comunidad Andina de Naciones, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, etc.).

El eje, el predominio de la política, cambió y la economía tomó un rol preponderante a partir del crecimiento de los acuerdos regionales del comercio, los cuales fueron el medio más eficaz para lograr la pacificación del escenario mundial y el desarrollo sostenido. Este cambio de paradigma fue lo que les dio gran impronta a los esquemas de integración.

Así los países menos desarrollados, los cuales tenían economías más pequeñas, desarrollaron la integración con vecinos con el objetivo de ampliar sus mercados, ser más competitivos en el escenario internacional y reducir el costo social producido.

El argentino Andrés Malamud define a la integración como un *intento de reconstruir las erosionadas fronteras nacionales a un nivel más elevado. Por lo tanto, cabe interpretarla como una maniobra proteccionista por parte de los Estados que no pueden garantizar por sí mismos sus intereses y objetivos, y procuran hacerlo en conjunto con otros. Ello recuerda el enfoque contractualista de la génesis estatal. Siguiendo esta línea de pensamiento, hay quienes argumentan que las regiones devendrán nuevos Estados a la manera en que federaciones actuales, como Suiza y Estados Unidos, surgieron de la unión voluntaria de unidades políticas preexistentes. Otros, en cambio, sostienen que los bloques regionales estarán siempre subordinados a sus Estados miembros y no los sustituirán"*[1].

2.1. Época de globalización

Tomando al historiador inglés, Eric Hobsbawm, y su concepto de Siglo XX corto (1914 – 1990), los procesos de integración han desarrollado un gran crecimiento económico en los Estados.

El ex secretario de las Naciones Unidas Boutros Ghali sostenía que el siglo XXI se va a caracterizar por el enfrentamiento entre dos fuerzas, por un lado, la globalización y por el otro lado la fragmentación. La globalización, explicaba el diplomático egipcio, implica un mundo interconectado, donde las fronteras no tengan preponderancia,

[1] MALAMUD, Andrés, *"Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional",* 2011, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870- 35502011000200008#notas

ocupando un lugar clave la comunicación para que esto suceda. En cambio, la fragmentación generará el crecimiento de fanatismos, los países comenzarán a aislarse y separarse, lo que tendrá como consecuencia nuevos enfrentamientos bélicos.

Los procesos regionales modernos son formas de cooperación o alianzas entre los Estados. El fin de esta unión es proveer los medios necesarios para mejorar las condiciones de supervivencia y desarrollo, dándole prioridad a la cooperación sobre el conflicto, utilizando medios económicos.

El fenómeno de la globalización se encuentra caracterizado por el fraccionamiento de la producción, grandes empresas en distintos lugares buscan costos laborales menores y cercanía a las fuentes de aprovisionamiento de insumos que abaraten los costos. Esto se vio beneficiado gracias a las comunicaciones y los grandes avances tecnológicos que también facilitaron la movilidad diaria de capitales y fondos de inversión, que buscan mayores ganancias en distintos mercados financieros y capitales.

La consecuencia de este fenómeno es el incremento extraordinario del comercio internacional y los Estados en búsqueda de competitividad y beneficios se integran a otros, generando un fortalecimiento democrático, económico, político y social.

3. Teorías sobre la integración

Europa fue el escenario propicio para que las teorías sobre la integración tomaran mayor auge, esto se dio por el cuestionamiento que comenzó a sufrir el Estado – Nación como tal, luego de los dos conflictos bélicos más grandes de la historia de la humanidad, la aparición de instituciones internacionales de carácter mundial - las Naciones Unidas -, la necesidad de generar un clima de paz – que el nuevo período de posguerra no sea una nueva preparación para otra Gran Guerra – y la adaptación a un nuevo escenario geopolítico, no más eurocéntrico, donde las dos potencias eran Estados Unidos (Occidente) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética (Oriente).

El Historiador rumano, David Mitrany es considerado el padre del funcionalismo, dicho autor escribió durante el lapso entre las dos guerras mundiales y tuvo gran influencia en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial. El pensador plantea en su teoría que los Estados se encontraban necesitados de acudir a la cooperación internacional para poder instalar un sistema de paz. Sugiere que los sistemas gubernamentales cada vez

tenían más tareas técnicas, la política había pasado a un segundo lugar. Como consecuencia de este desplazamiento era necesario la colaboración de los técnicos, esta cooperación se lograría a través de la creación de instituciones que pudieran cumplir funciones que ningún Estado por sí mismo pudiera asumir. Las instituciones se expandirán con relación a los nuevos problemas que deban resolver los técnicos y así se superaría a las instituciones políticas del pasado.

El autor desarrolló una teoría llamada "doctrina de la ramificación". Dicha teoría consideraba que, si los Estados se ponen de acuerdo en cooperar en un sector, esto tendría como consecuencia la colaboración en otros sectores, generando así una necesidad de colaboración entre todos los grupos. Por ejemplo, el caso de un Mercado Común, donde todos los miembros colaboren entre ellos en diferentes áreas como determinados precios, transporte, inversiones, salarios, impuestos, etc. Esta idea luego fue tomada y mejorada por la "teoría del derrame" llevada a cabo por los neofuncionalistas.

La primera teoría sobre la integración fue el federalismo, esta teoría propuso preparar y acordar un compromiso constituyente para la creación de una autoridad superior, que asumiría parte de las facultades soberanas de los Estados.

Los federalistas expresaban que los Estados delegaron algunas atribuciones a un gobierno supremo, pero manteniendo otras atribuciones dentro de su gobierno nacional, de esta manera se debe mantener dos niveles de gobierno, que se diferencian claramente de una "Federación de Estados", porque esto implicaría un grado mayor de delegación de soberanía, como tal lo proponía Immanuel Kant en su famosa obra "Hacia la paz perpetua".

La integración europea es un ejemplo práctico del funcionalismo, la integración en primer lugar se llevó a cabo mediante un proceso económico, luego social y finalmente político. En este ejemplo se refleja claramente la estrategia de integración sectorial que plantea la corriente funcionalista. Este proceso se llevó a cabo mediante transferencias de atribuciones a instituciones supranacionales como lo fue la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

Los pensadores neofuncionalistas (Ernst Haas, Joseph Nye, Philippe Schmitter) expresaron su preocupación en la necesidad que la integración económica tenía sobre conseguir una capacidad regulatoria supraestatal. El profesor Joseph Nye en su teoría enunció algunas condiciones que se deben dar para que la integración tenga éxito y estos son:

1) Simetría económica entre los particulares.
2) Pluralismo político, pero homogeneidad de ideas en las elites.
3) Capacidad de los Estados para adaptarse y responder políticamente.

Los neofuncionalistas desarrollaron el concepto de "derrame" dicho concepto explicaba que una determinada acción creaba circunstancias conforme a las cuales la finalidad perseguida sólo podía lograrse con nuevas acciones, esa situación de derrame obliga a que estas se deban ampliar.

Otra teoría que desarrolló la idea de integración fue el transaccionalismo, dicha corriente entendía que los Estados eran importantes actores en la política mundial, pero su influencia había disminuido. Para que el Estado vuelva a ser el actor principal, este debe llevar a cabo una red de transacciones mutuas entre ellos y de esta manera se conseguiría un sentido de "pertenencia" europea.

Por otro lado, las teorías interestatales, sus principales exponentes fueron Stanley Hoffman, Robert Keohane y Andrew Moravcsik, plantearon que un Estado sólo cooperará con otros Estados si este tiene intereses similares y las instituciones superiores sólo subsistirán si los Estados miembros la siguen apoyando. En resumen, esta corriente a diferencia del funcionalismo y neofuncionalismo, le dan una mayor preponderancia a los Estados.

A modo de conclusión, como bien dice la Doctor Maraniello "*la integración es un proceso, no es un acto, no ocurre de un día a otro, sino que es todo un proceso que va desde la creación de una zona de preferencia aduanera hasta la integración económica total o integral"*[2].

3.1. Teoría del Derrame e Integración

Ernst Hass en su análisis sobre la Comunidad Europea de Carbón y Acero (CECA) descubrió que en un principio la Comunidad no era apoyada por la clase dirigente, este apoyo se consagró una vez puesta en marcha la misma. Este se logró gracias a las ganancias que se habían obtenido, lo cual género que se comenzarán a realizar esfuerzos para conformar un Mercado Común. El autor entiende que esta gran experiencia generó

[2] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo II, pág. 12.

una "*lógica expansiva*" que hizo que se "*derrame"* de un sector a otro sector, ya que los Estados "*elevan"* sus intereses propios en busca de intereses comunes con otros Estados.

El politólogo alemán se preocupó por el nivel de injerencia que una organización internacional puede tener dentro de las fronteras nacionales y así transformar tanto el sistema internacional como el nacional. Según este autor las políticas gubernamentales y el producto de la integración constituyen ingresos en el sistema internacional, el cual es aceptado por un cuerpo normativo a través de decisiones colectivas.

4. Integración económica

La integración económica está compuesta por el comercio, el flujo de capitales, personas y reducción arancelaria. En este tipo de procesos se tiene en cuenta, y se considera una ventaja, la proximidad geográfica entre los miembros y sus características.

El eje de estos tipos de integración es la baja de las "barreras arancelarias". Los Estados a través de esta medida buscan generar un auge del comercio internacional a través de la quita de aranceles de importación y exportación.

La economista húngara Bela A. Balassa considera que la eliminación de los aranceles es la característica central de la integración económica, este sistema se da cuando dos o más mercados se unen para formar uno solo. En este nuevo sistema la cooperación económica entre los Estados es lo que predomina, a través de rebajas arancelarias o intercambios preferenciales.

El pensamiento Latinoamericano sostiene que hay integración económica a través de la cooperación económica, cuando dos o más Estados suman sus intereses y acciones para realizar proyectos, los cuales generan beneficios y estas regalías sean compartidas entre todos, sin la existencia de un trato preferencial entre los Estados miembros.

Se debe diferenciar aquellas organizaciones internacionales clásicas que se caracterizan por su mecanismo de cooperación intergubernamental, en cambio los procesos de integración tienden a transferir competencias para hacer posible la autonomía de instituciones creadas en la toma de decisiones y aplicación del orden jurídico propio de la integración, para alcanzar en última instancia la supranacionalidad.

El Doctor José Manuel Sobrino Heredia sostiene que "*nos encontramos, pues, ante unas organizaciones que se sitúan entre las organizaciones internacionales clásicas y las estructuras federales. La distribución de competencias que se opera en su seno es tan profunda que no pueden equipararse absolutamente a las organizaciones tradicionales mientras que la retención de determinados poderes soberanos por sus Estados miembros impide también que puedan ser calificadas en Estados federales".*

Julio Luis Sanguinetti opina "*mientras la cooperación intergubernamental, por medio de los procedimientos clásicos del derecho internacional, intenta organizar el trabajo en común de los diferentes Estados preservando las estructuras nacionales existentes, la integración da un paso suplementario decisivo, ya que se basa en una transferencia de competencias de los Estados hacia una estructura concebida conjuntamente, en la cual las decisiones que se adoptan en los nuevos ámbitos de competencia son tomadas por las instituciones de nueva creación".*[3]

Los esquemas de integración se pueden clasificar, dependiendo cada uno del grado de profundización que hayan alcanzado. Estos se dan de forma nivelada, a través de etapas las cuales tienen objetivos y que necesitan ser cumplidos para pasar a un nuevo nivel de integración. Sin embargo, no todos los procesos de integración han hecho sus sistemas de forma paulatina, ya que no todos los proyectos tienen el mismo fin.

La doctrina también ha señalado que no solo pueden clasificarse los esquemas de integración económica, sino que también pueden diferenciarse dos estilos de integración. La diferencia entre un estilo y el otro dependerá del enfoque que tengan los aparatos productivos de los países que se integren, la celeridad con la cual los interesados impulsen la integración y el programa para llevar a cabo el fin de integrarse.

En primer lugar, tenemos *la integración de mercado*, este "estilo" está vinculado a las teorías económicas clásicas del comercio internacional, el fin es ampliar el mercado y el medio es la liberación comercial a través de la eliminación de aranceles. Este tipo de "estilo" es propio de las zonas de libre comercio, especialmente aquellos integrados por países con economías similares y un buen nivel de industrialización. El *North American Free Trade Association* (NAFTA) es un ejemplo claro de este estilo.

En segundo lugar, tenemos *el desarrollo integrado*, mediante este "estilo" se busca concretar de forma paulatina acciones que beneficien a los miembros y disminuya

[3] SANGUINETTI, J. L., *Mercosur: Las alternativas del diseño institucional definitivo*, *Integración Latinoamericana,* n° 196, BID/INTAL, Buenos Aires, junio 1994, p.4.

los costos ante una apertura a la competencia externa. Las políticas, en este tipo de procesos, se realizan de manera coordinada, simultánea y siempre buscando una liberación comercial. El ejemplo perfecto es la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (CECA) firmado en 1951. Dicha comunidad se construyó con el fin de integrar la producción sectorial del Carbón y del Acero entre Francia y Alemania, a través de la rebaja de aranceles. Este acuerdo entre los dos países derivó en la *Comunidad Económica Europea* (CEE), creada en 1958.

4.1. Grados de integración

El primer nivel de integración es la *Zona de preferencia arancelaria.* En este nivel los miembros se ponen de acuerdo en establecer rebajas arancelarias para algunos productos de forma recíproca. Estos acuerdos trascienden la mera cooperación, pero no tienen efectos integracionales.

El segundo nivel es la *Zona de libre comercio (ZLC)*. En este proceso los Estados eliminan totalmente los aranceles de su comercio de forma recíproca, pero conservan su individualidad aduanera frente a terceros, es decir que cada Estado miembro conserva su propia política arancelaria contra otros países que no conformen el bloque. Por ejemplo, el *North American Free Trade Association (NAFTA).*

El tercer nivel es la *Unión Aduanera (UA).* Los Estados se ponen de acuerdo en fijar un arancel externo común (AEC) sobre terceros. A través de este arancel en común, se unifica la administración aduanera, formando un territorio aduanero único y repartiendo las ganancias entre las partes. En este tipo de proceso no solo circulan libremente los bienes originarios de cada Estado, sino que también los productos llamados en libre práctica, es decir todos aquellos productos importados por cualquier miembro y que se desplaza dentro del territorio integrado. Un ejemplo de este sistema fue el *Benelux.*

En cuarto nivel tenemos el *Mercado Común (MC)*, en dichos procesos no solo hay libertad arancelaria, sino que se aplica un sistema conocido como “las cuatro libertades”. Estas cuatro libertades son el libre intercambio de bienes, libre comercio de servicios, libre circulación de personas y la libertad de circulación de los capitales. Para que este nivel sea posible tiene que adoptarse una política comercial común entre los miembros, también la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectorial, generando una armonización entre las legislaciones integrantes. Los grados enunciados anteriormente son esquemas más elementales, pueden funcionar sin la necesidad de la existencia de un

órgano supranacional, ya a nivel del Mercado Común es necesario la creación de una nueva estructura, con poderes autónomos de los Estados miembros y personalidad jurídica propia. Es importante destacar que el Mercosur aspira llegar a ser un Mercado Común.

Por último y el nivel más desarrollado es el de la *Unión Económica y monetaria (UE),* es el proceso de integración más complejo porque los países miembros se ponen de acuerdo en el manejo de sus políticas económicas nacionales y también monetarias. En este estadío existe un único emisor de la moneda para todos los miembros. La Unión Europea es un claro ejemplo de este nivel de integración.

Estos niveles no son rígidos, existen autores que agregan diferentes grados, como la *zona de tráfico fronterizo, preferencia tributaria,* etc. Pero es importante mencionar que, desde el tratado de Lisboa firmado en el año 2008, la Unión Europea aspira a superar la Unión Económica y formar una Unión Total, esta unión se lograría a través de una constitución en común entre todos los Estados miembros, generando una unión política.

5. Comercio e integración

La Segunda Guerra Mundial generó una gran cantidad de instituciones internacionales. Una vez finalizado el conflicto bélico, no solo un nuevo enfrentamiento armado era el temor, sino que también la posibilidad de una "guerra comercial" preocupaba a los actores internacionales, se debe tener en cuenta que el periodo de posguerra luego de la Primera Guerra Mundial había generado grandes daños en el comercio entre los Estados.

Como consecuencia de este temor, en el año 1945 se firmó la Carta de La Habana, a través de este tratado se creó la Organización Internacional de Comercio (OIC). Dicho organismo tenía como fin regular las relaciones comerciales entre los Estados y solucionar sus conflictos de manera pacífica y no mediante la fuerza bélica. Esta institución no contó con el apoyo suficiente en el escenario internacional, principalmente no contó con el apoyo de Estados Unidos, lo que se considera como la principal causa de su derrumbe.

El temor de un enfrentamiento continuaba, tras el fracaso de la OIC, por lo que se creó un Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, más conocido como GATT. Estas

letras provienen de su nombre en inglés *General Agreement on Trade and Tariffs*. Dicho acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1948. Esta institución reguló el comercio mundial por casi 50 años, con el fin de pactar ventajas arancelarias entre los miembros y desarrollar el comercio multilateral. Sin embargo, el organismo sufrió transformaciones a lo largo de su vigencia, los países en desarrollo advirtieron que los beneficios que generaba el comercio internacional no se distribuían de una manera equitativa. Carreau y Juillar afirmaron que *"El modelo que inspiró estrechamente a los fundadores del orden económico internacional contemporáneo es incontestablemente el del libre cambio de la era liberal (1815 – 1914). Sin duda, no se trataba de volver al famoso laissez faire – laissez passer del siglo XIX, en razón del peso adquirido por los Estados en la economía contemporánea como consecuencia de los trastornos aparejados por las dos guerras mundiales. Sin embargo, la idea central subsiste, una división internacional del trabajo realizada por el libre juego de la fuerza del mercado en función de la ley de las ventajas comparativas. Es sobre ella que el GATT, por ejemplo, estaba directamente basado y es todavía la que constituye la filosofía económica dominante subyacente en la nueva OMC".*[4]

El GATT es la antecesora de lo que hoy conocemos como la Organización Mundial de Comercio (OMC), también conocida como "GATT 1994", ya que el tratado que dio origen a la Organización Mundial del Comercio fue el Acuerdo de Marrakech firmado en 1994 y toma el texto completo del GATT como propio.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio contempló el comercio internacional de mercaderías, tomando a la mercadería como aquellos objetos susceptibles de ser importados o exportados a través de las aduanas, tenía como fin sujetar las regulaciones de los miembros a ciertas reglas, que fomentaran y aseguraran una condición de lealtad, transparencia y previsibilidad, condenando al mismo tiempo al trato discriminatorio y procurando la reducción, progresiva, de los aranceles aduaneros, al igual que las restricciones económicas a las importaciones.

La consecuencia normativa más innovadora de este acuerdo fue la consagración del principio de no discriminación, a través de este principio se le debería dar un mismo trato tanto a los productos nacionales como a los importados dentro de los territorios participantes. Este principio genera dos obligaciones, por un lado, la Cláusula de la Nación más Favorecida (NMF) y el trato nacional de las mercaderías. La cláusula de la

[4] CARREAU, Dominique – JUILLARD, Patrick, *Droit international, pág. 35 y 36, nro. 100*

Nación más Favorecida obliga a todos los Estados a tratar a todos los demás de igual manera, impidiendo discriminar entre los participantes del acuerdo, y la cláusula de trato nacional, garantiza el igual trato de las mercaderías fronteras adentro.

El jurista norteamericano John Jackson, señala que la cláusula de nación más Favorecida está referida a un tratamiento igualitario[5]. Esta cláusula deriva del artículo 1 del GATT. "Cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes, o destinados a ellos".

Esta cláusula que en su origen sólo hacía referencia a mercancías, con el tiempo fue ampliando su campo de acción y actualmente también se está utilizando en el campo de la inversión.

5.1. Artículo XXIV

En el punto anterior se hizo referencia a la importancia del artículo 1, Cláusula de la Nación Más Favorable. Sin embargo, el mismo Acuerdo en su artículo XXIV prevé una excepción a la regla establecida en el primer artículo del documento.

El artículo citado prevé que cuando se tenga por objeto el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, donde varios miembros se otorguen ventajas comerciales, estas no estarán sujetas a la cláusula de la nación más favorecida.

Sin bien esta no es la única contemplación ante el incumplimiento, también en el año 1965 se estableció que esta cláusula se limitaba a ser invocada recíprocamente por los países desarrollados respecto a los países en desarrollo y por la Cláusula de Habilitación aprobada en 1979 en la Ronda de Tokio. Esta última cláusula permite que los países desarrollados le otorguen preferencias comerciales a los países en desarrollo sin que se aplique la Cláusula de la Nación más Favorable y también autoriza a los países en vías de desarrollo a otorgarse entre sí ventajas comerciales sin estar atados a extenderlas a los demás países miembros.

[5] JACKSON, John, *The World Trading System – Law & Policy of International Economic Relations,* MIT Press, Cambridge, 200, p. 157.

Esta cláusula es la base legal para los sistemas no recíprocos de ventajas que conceden los países industrializados sobre países en desarrollo. Estas ventajas son de una sola vía, la obligación sólo la debe cumplir el país desarrollado, otorgándole una preferencia a la parte no desarrollada. Esta normativa es una extensión del artículo XXIV ya que expande los permisos que el Acuerdo le brindó a las zonas de libre comercio y a las uniones aduaneras, permitiendo a los países en desarrollo realizar acuerdos comerciales entre ellos sin cumplir con la Cláusula de Nación más Favorable, lo que generó un aumento considerable en el comercio entre algunos países.

Sin embargo, este artículo no solo limita su campo de acción a las Uniones Aduaneras y a las Zonas de Libre Comercio, sino que contempla al mismo tiempo a los acuerdos provisorios que tengan por fin crearlas. Esto se debe a la teoría de que no se puede crear un proceso de integración de una vez, sino que se necesita un tiempo para lograr los objetivos.

Este artículo fue la causa de grandes debates teóricos, entre ellos la discusión entre el universalismo – representado por la cláusula de la nación más favorecida – y el regionalismo – unión aduanera, zona de libre comercio –, generando así un problema entre la compatibilidad y la coexistencia de ambos sistemas.

El regionalismo es el conjunto de intercambios que se realizan dentro de una región, entendiendo al concepto región como un fenómeno con alcance político y social. No obstante, no todos los intercambios entre los Estados se dan dentro de una región, cuando es así estamos hablando de Integración.

La integración regional es el conjunto de tratamientos preferenciales que se otorgan los Estados miembros dentro de una misma región, estos son preferencialmente de carácter económico y social pero también pueden ser políticos. A su vez esta integración regional puede tener integraciones subregionales, en los cuales no se involucra toda una región, sino que algunos países de una determinada región.

La simultaneidad de los procesos de regionalismo y multilateralismo es un factor positivo, ya que los acuerdos de integración forman bloques que preparan el camino a una liberación mundial de intercambios según la postura de los que ven una consecuencia positiva de los procesos. Por otro lado, la concepción negativa entiende que la discriminación que sufren los Estados ajenos a la integración impide el desarrollo comercial fructífero e igualitario para todos.

La normativa entiende al territorio aduanero como aquel donde se aplica un arancel y reglamentos comerciales diferentes a las de otros territorios o zonas. Para que se lleve a cabo este modelo debe existir una sustitución de dos o más territorios aduaneros por uno solo, se deben eliminar los aranceles y restricciones para que surja un auge comercial recíproco y el establecimiento de aranceles y reglas comerciales en común frente a terceros, es decir que los miembros deben tener una política comercial en común. Este proceso se encuentra eximido ya que permite un desarrollo económico, facilita la producción, expande los flujos comerciales y utiliza mejores los recursos.

Por otro lado, el acuerdo, define a la zona de libre comercio como a dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan aranceles y restricciones para que se desarrolle un comercio recíproco entre los miembros. El motivo por el cual las zonas de libre comercio pueden evitar la cláusula de la nación más favorecida es por la dificultad que significa cumplir instaurar una unión económica de una vez, la eliminación total de aranceles de importación desprotegería las economías de los países en desarrollo y generarían una gran dificultad a estos países en cuanto competitividad. No hay que omitir que la recaudación que proviene de las importaciones y exportaciones son una gran fuente de presupuesto para los países en desarrollo, como es el caso de Argentina.

En cuanto a los acuerdos provisionales que tienen por objeto formar una unión aduanera o una zona de libre comercio, los miembros deberán presentar un plan y un cronograma donde se detalle los objetivos y cómo se lograrán los mismos, dentro de un plazo "razonable". Este plazo razonable no puede exceder los 10 años.

6. Organización Mundial del Comercio

"La Organización Mundial del Comercio es la organización internacional que nuclea a la casi totalidad de los países y que se ocupa de establecer normas y reglas que rigen el comercio internacional"[6].

Los países prosperan aprovechando sus activos, los cuales pueden tener una mejor producción si cada Estado se concentra en realizarlo y luego intercambiar ese producto con otros Estados. De esta manera se realizaría una circulación, sin restricciones, de

[6] NEGRO Sandra, *Derecho de la Integración,* B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2019, pág. 55.

bienes y servicios, y como consecuencia de esto se intensificaría la competencia y se fomentaría la innovación.

El origen de dicha organización es el 1 de enero de 1995 pero es fruto de más de seis décadas de negociaciones. La Segunda Guerra Mundial estuvo marcada por un fuerte proteccionismo económico, basado en programas de reindustrialización mediante modelos de sustitución de importaciones.

Finalizada la guerra y a través del Acuerdo de Bretton Woods – reunión convocada por Estados Unidos e Inglaterra, con el objetivo de prever los inconvenientes monetarios y el financiamiento de la reconstrucción luego del conflicto bélico – se creó, entre otras organizaciones, la Organización Internacional del Comercio (OIC), organización que funcionaría como un organismo especializado del comercio dentro del marco de las Naciones Unidas, cuyo fin sería establecer reglas obligatorias en materia económico – comercial.

Este proyecto nunca pudo concretarse, ya que Estados Unidos en 1950 manifestó públicamente que no ratificaría el acta constitutiva, la famosa Carta de la Habana.

Luego del fracaso de la OIC se buscó un nuevo modelo para establecer relaciones comerciales dentro de un régimen transparente, obligatorio y equitativo. El fin del nuevo modelo sería mantener y sostener la paz entre los países, el mundo no estaba preparado para sufrir un nuevo enfrentamiento bélico de la magnitud que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX, a pesar de un contexto sumamente alarmante para la seguridad global como fue la Guerra Fría.

El *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, se suscribió el 30 de octubre de 1947, y entró en vigor el 30 de junio de 1948. El GATT no es un organismo internacional ni una persona jurídica, es un acuerdo, un instrumento jurídico internacional de carácter voluntario regido por las reglas del derecho internacional, mediante el cual se establecen derechos y obligaciones para las partes que forman parte. Este acuerdo fue tan importante que se convirtió en el único instrumento multilateral que rigió el comercio internacional desde 1948 hasta la creación de la OMC en 1995.

El documento promueve el intercambio comercial entre los miembros, dándole gran importancia a la reciprocidad, la igualdad entre los Estados, la eliminación de restricciones, la reducción de aranceles aduaneros y la aplicación del Principio de no

Discriminación. El Principio de no Discriminación tenía dos expresiones, en primer lugar, la Cláusula de la Nación más Favorable y en segundo lugar el Trato Nacional. Estas herramientas tienen como finalidad el compromiso de no incrementar los aranceles aduaneros, por encima de las tasas negociadas que se consideraban consolidadas, imponiéndose un valor tope.

Como bien se detalló en el punto 5.1. este acuerdo tenía un articulado, el artículo XXIV, que significaba una excepción a la regla de la no discriminación, siempre y cuando se tenga por objeto facilitar el comercio entre los Estados y no generar dificultades de otros Estados con los territorios partes de los Estados que formaban parte del proceso de integración.

El primer gran cambio se dio en la Ronda de Tokio, las Rondas son los eventos en donde se juntan los países miembros en su conjunto para tomar decisiones en cuanto al marco de las negociaciones. La Ronda de Tokio tuvo lugar entre 1973 y 1979, su fin fue la reducción agresiva de los aranceles aplicables al comercio recíproco, teniendo en cuenta el rol fundamental de los Estados denominados en vía de desarrollo.

El gran cambio que trajo esta Ronda fue la extensión a todos los Estados del beneficio de la excepción al Principio de no Discriminación aun cuando no se cumpliera con el artículo XXIV. Como consecuencia de este cambio, la Ronda de Tokio aprobó lo que se conoció como el Sistema Generalizado de Preferencias, una herramienta pensada para generar una mejor cooperación de los países industrializados a los países menos desarrollados mediante el otorgamiento de accesos arancelarios preferenciales a los productos originarios de países en vías de desarrollo y menos desarrollados.

Otro gran avance en esta Ronda fue la creación de la Cláusula de Habitación, está permitía el trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo.

Los primeros años de la década del 80 marcaron la necesidad de modificaciones importantes sobre el acuerdo. Así se llegó a la Ronda de Uruguay. Esta nueva Ronda extiende el sistema al comercio de servicios y la propiedad intelectual, generando al mismo tiempo modificaciones de los productos agropecuarios y textiles.

Sin embargo, las aspiraciones no fueron cumplidas en los plazos establecidos, como consecuencia de ello el 15 de abril de 1994 se unieron la mayoría de los 123 miembros que participaban del GATT en Marrakech, Marruecos. En dicha reunión se

firmó un Acuerdo que dio origen a la Organización Mundial del Comercio, este nuevo organismo se encargó de continuar el trabajo del GATT a través de nuevas reformas y profundización del sistema multilateral de comercio.

La OMC es un organismo internacional de carácter intergubernamental, ya que los Estados miembros no ceden competencias propias de sus poderes públicos internos en favor de la organización, reservándose para sí la potestad de la actividad normativa o legislativa. Todos los miembros tienen el mismo derecho a voto y veto, por eso mismo sus decisiones son de manera consensual, salvo excepciones que puede abrirse la votación. Reconoce una existencia de asimetría de los Estados que forman parte, la cual intenta solucionar mediante el instrumento del Trato Especial Diferenciado.

Las fuentes son los tratados y convenciones, siendo el Acta de Marrakech su piedra angular, comprendiendo a todos los Acuerdos Multilaterales dentro del marco de la OMC, Anexos, Protocolos, declaraciones y programas, Acuerdos Internacionales, principios generales del derecho y costumbre. Es importante destacar que, en caso de laguna legal, la organización utiliza el derecho internacional para resolver estos casos.

Abarca bienes, servicios y la propiedad intelectual, estableciendo los principios de liberación y excepciones permitidas. Los países en el acuerdo se comprometieron a reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio y por otro lado abrir nuevos mercados de servicios y mantener los ya existentes. La gran diferencia con el GATT es el establecimiento de un procedimiento para la solución de diferencias y prescripción del trato especial para los países en desarrollo.

Una innovación del nuevo organismo es que exigen que los miembros den transparencia a los integrantes mediante notificación de las leyes en vigor y las medidas tratadas. Con esta información la secretaria elabora informes periódicos sobre las políticas comerciales de cada país miembro de la OMC.

Los principios del nuevo sistema, provenientes del GATT, son:

- No discriminación (Nación más favorecida y Trato Nacional)
- Previsibilidad
- Competitividad
- Reducción arancelaria
- Crecimiento de los Países en vías de desarrollo

6.1. Estructura de la Organización Mundial del Comercio

El Acta de Marrakech fue lo que le brindó personalidad jurídica internacional a la OMC. Actualmente la organización se encuentra integrada por 164 miembros, esta cantidad representa casi el 95% del comercio mundial.

La función de la organización es:

- Facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de los institutos jurídicos que se adopten en cualquier negociación multilateral futura.
- Actuar como foro para las negociaciones comerciales multilaterales de los países miembros.
- Actuar como órgano de solución de controversias y de diferencias comerciales entre los países.
- Examinar las políticas comerciales de los miembros y elaborar informes.
- Colaborar con otras organizaciones internacionales.

La OMC es una organización de carácter intergubernamental, las decisiones son adoptadas por el conjunto de miembros que conforman los países integrantes y las decisiones se toman por un consenso general. En caso de recurrir en la votación, se tomará una decisión por mayoría de votos emitidos, aunque esto es poco probable que suceda.

El órgano superior de toma de decisiones es la Conferencia Ministerial, se reúne una vez cada dos años, encargada de aprobar las normas fundamentales que se negocian y acuerdan en las Rondas.

El Consejo General, está conformado por embajadores y jefes de delegaciones en Ginebra. El Consejo se reúne varias veces en el año y también celebran reuniones en calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y de Órgano de Solución de Diferencias.

El Consejo del Comercio de Mercaderías, El Comercio de Servicios y el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, son los encargados de elaborar informes al Consejo General.

Al mismo tiempo cuenta con un importante número de comités y grupos de trabajo especializados que se encargan de los distintos acuerdos y de otras esferas, como el caso del medio ambiente, el desarrollo, las solitudes de adhesión a la Organización y los acuerdos comerciales regionales.

También dispone con una Secretaría General, con sede en Ginebra, tiene un gran número de funcionarios propios, los cuales son independientes de los Estados miembros y está presidida por un Directora General – Ngozi Okonjo - Iweala – y cuatro directores adjuntos, cada uno a cargo de diversas Divisiones especializadas.

Las decisiones se toman por consenso de los miembros, la Secretaría General no cuenta con la atribución de adoptar ninguna decisión por sí misma.

Sus funciones son brindar apoyo técnico a los consejos y comités en las conferencias, prestar asistencia técnica a los países en desarrollo, analizar el comercio mundial y publicar los asuntos relacionados con la OMC.

- Consejo General
- Órgano de Solución de Diferencias
- Órgano de examen de las Políticas Comerciales
- Consejo de Comercio de Mercancías
- Consejo de Comercio de Servicios
- Consejo de Comercio de Propiedad Intelectual

6.2. Características de la OMC

- La OMC contribuye al mantenimiento de la Paz a través de la cooperación.
- Resuelve sus diferencias de manera constructiva.
- El sistema se basa en normas, no en poder. Las decisiones se toman por consenso, beneficiando así a todos los miembros.
- El auge del comercio reduce el costo de vida y genera incentivos en sectores productivos de cada uno de los miembros.
- El consumidor cuenta con una mayor capacidad de elección.
- Aumentan los ingresos de las arcas del Estado.
- Estimula el empleo.
- Protege a los Estados contra intereses estrechos de grupos de presión.
- Promueve un buen gobierno, enfrentando constantemente la corrupción.
- Elimina procesos burocráticos innecesarios en los casos en donde se hayan eliminado los aranceles, ya que es uno solo para todos.

- Su preocupación es el Desarrollo no el Comercio.
- Los Gobiernos se someten a su voluntad en caso de diferencias, las cuales se resuelven de acuerdo con las normas consensuadas por todos.
- Defiende el libre comercio.
- Promueve el cuidado del medio ambiente.
- Es un organismo completamente democrático.

7. Sistema de solución de diferencias de la OMC

La OMC cuenta con un sistema de soluciones de diferencia, que fue aprobado al finalizar la Ronda de Uruguay.

En el GATT prevalecía un espíritu de conciliación de intereses, de naturaleza no contenciosa.

El sistema esbozado en 1947 fue objeto de continuas modificaciones con el fin de corregir sus deficiencias, que lo fueron transformando y mejorando.

El denominado sistema de solución de diferencia fue objeto de críticas fundadas principalmente por su lentitud, porque permitía el bloqueo por parte del Estado acusado y porque no aseguraba la ejecutividad de lo recomendado por los grupos de trabajo o de expertos convocados a pronunciarse sobre el conflicto planteado entre las partes contratantes.

También se observó la diversificación o fragmentación excesiva de las reglas aplicables, que resultaba de la coexistencia de diferentes procedimientos para solucionar las diferencias previstas en los distintos acuerdos.

Sin embargo, el sistema de solución de controversias previsto en 1947 y reformado sucesivamente había cumplido un papel positivo y constituye la base para la implementación de un nuevo sistema.

Ello quedó demostrado no solo con los conflictos comerciales canalizados por ese sistema que se consideraron y resolvieron, mediante soluciones que fueron en su gran mayoría consentidas por los Estados involucrados, sino también por su función paradigmática y preventiva, que alentaba las soluciones negociadas.

7.1. Normas y procedimientos

El 1 de enero de 1995 comenzó a regir el nuevo sistema de solución de diferencia (SSD), bajo la denominación de Entendimiento relativo a las normas y procedimientos, los cuales han permitido resolver un significativo y creciente número de asuntos.

El nuevo sistema pretende evitar que los Estados adopten medidas unilaterales en caso de considerar que no se cumplen a su respecto las normas comerciales convenidas.

Asimismo, este sistema procura básicamente resolver conflictos entre Estados y, por ende, no es aplicable en las diferencias entre los particulares.

Debe destacarse que los ámbitos de aplicación de los sistemas de solución de diferencias del GATT y de la OMC son notoriamente distintos.

La normativa del GATT se refiere al tráfico internacional de mercaderías, mientras que las disciplinas de la OMC abarcan también los servicios, a los derechos de propiedad intelectual, así como las inversiones extranjeras directas vinculadas al comercio.

El sistema del Entendimiento introduce innovaciones de importancias. Una regulación precisa de las distintas etapas, con plazos más reducidos, una mayor automaticidad en el progreso de las distintas fases, la posibilidad de recurrir al arbitraje, los buenos oficios, la conciliación y la mediación.

El Órgano de Solución de Diferencias no es sino el Consejo General de la OMC que asume tal forma cuando ejerce su función de dirimir las diferencias que se suscitan entre los miembros respecto de la interpretación o del cumplimiento de los denominados “acuerdos abarcados”.

7.2. Procedimiento y Etapas

7.2.1. Consultas bilaterales (Primer Etapa)

Consultas bilaterales que deben establecerse entre los Estados involucrados en la diferencia, los que de tal forma deben procurar la buena fe y con mutua comprensión a una solución negociada.

Una vez presentada por escrito y fundada por el Estado que se considera afectado, deben llevarse a cabo consultas entre los gobiernos involucrados y, en caso de no arribar a una solución, el reclamo debe ser contestado dentro de los diez días por parte de quien la motivó.

Esta primera fase tiene lugar entre los Estados interesados, aunque la OMC toma conocimiento del conflicto suscitado desde su inicio a través de la notificación.

Si algún Estado Miembro considera que tiene un interés sustancial en la cuestión debatida, puede solicitar que se lo asocie a las consultas.

Las consultas constituyen una de las medidas básicas para la solución de controversias en el sistema, el Estado que recibe el reclamo debe "examinar con comprensión" la presentación que se le efectúa.

En caso de que se hubiera entablado las consultas, los Estados involucrados deben procurar llegar a una "solución satisfactoria" de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas. Si ambas partes están de acuerdo, pueden someter la cuestión al director general quien puede ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación entre las partes.

Ante la falta de respuestas o la negativa a mantener reuniones consultivas, transcurridos los 30 días, el Estado reclamante puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencia (OSD) la conformación de un Grupo Especial. Lo mismo ocurre si no se logra una solución una vez transcurrida los 60 días.

Debe advertirse que el OSD no actúa de oficio. Frente a la violación de los Acuerdos de la OMC, su defensa corresponde a sus Miembros y no a la propia institución.

La acción de un Estado Miembro poniendo en funcionamiento el sistema de solución de diferencias de la OMC no necesariamente se funda en la existencia de una "medida" de otro Miembro que constituya una violación a las normas contenidas en los acuerdos de la OMC.

La medida o situación cuestionada puede:

a) Constituir una violación a alguna de las normas de los acuerdos de la OMC.

b) Sin llegar a constituir una violación normativa, provocar una anulación o menoscabo de las ventajas acordadas al Miembro afectado o comprometer el logro de cualquier objetivo del acuerdo de la OMC de que trate.
c) Anular, menoscabar o desvirtuar el objetivo como consecuencia de cualquier otra situación.

7.2.2. Conformación de un grupo especial (Segunda Etapa)

La segunda etapa tiene lugar ante un Grupo Especial constituido al efecto.

En caso de no arribar a un arreglo se reúne en su carácter el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y crea un Grupo Especial, el que debe constituirse dentro de los 30 días de su creación. La decisión de establecer un Grupo Especial es adoptada según la regla del consenso negativo, por lo que el Grupo se constituirá a menos que los Miembros de la OSD decidan por consenso lo contrario

Está compuesto por tres expertos del comercio internacional (las partes puede elevarlo a 5), los que no son necesariamente juristas.

En cuanto a su designación, las partes pueden designarlos, en caso de no existir acuerdo, el director general está facultado para hacerlo.

El procedimiento se inicia con el escrito presentado por la parte demandante, seguido de la respuesta por escrito de la parte demandada. A ello se suceden dos sesiones orales. En consecuencia, se aseguran distintas oportunidades para que la parte pueda presentar su argumento.

Si lo estima necesario, el Grupo puede consultar con expertos o designar un grupo consultivo de experto para que emitan un dictamen.

Se da la posibilidad de que terceros no gubernamentales (ONG) puedan presentar, sin que les fuera requerido, informes al Grupo Especial o incluso al Órgano de Apelación, a título de colaboración como “amigos del tribunal” (Amicus curiae).

En cuanto al plazo, el grupo actúa en forma independiente y deben presentar un informe dentro de los 6 meses, el plazo se puede reducir a 3 meses. Si el Grupo considera que no puede presentarlo en el plazo de 6 meses, debe informar al OSD por escrito las razones y precisar en qué plazo estima poder hacerlo.

La estructura del informe definitivo se conforma con cuatro partes:

- Los antecedentes del caso.
- Un resumen de los alegatos de las partes.
- Consideraciones del Grupo Especial sobre la compatibilidad con las disciplinas de la OMC.
- Las propuestas de recomendación.

7.2.3. Órgano de Apelación

Se desenvuelve ante el Órgano Permanente de Apelación.

El informe puede apelarse dentro de los 60 días por ante el Órgano de Apelación, a contar desde su distribución. El contenido de_la apelación debe fundarse en las cuestiones de derecho comprendidas en el informe.

El Órgano Permanente de Apelación está compuesto por siete integrantes, siendo este un órgano colectivo o plural, deben ser personas idóneas, exigiendoles prestigio reconocido en la esfera del derecho y conocimientos del comercio internacional, sin hallarse vinculadas a ningún gobierno. Duran 4 años en su cargo, pudiendo ser reelegidos una vez.

La designación de los miembros la efectúa el OSD. Las apelaciones planteadas ante él son consideradas por tres miembros del órgano de apelación, que constituyen al efecto lo que se denomina una “sección”.

En principio, el procedimiento de apelación no debe exceder de 60 días. Se establece, como fecha máxima, 90 días.

El Órgano de Apelación no finaliza su tarea dictando una sentencia o un laudo ni una decisión, sino con la elaboración de un informe. Este informe es confeccionado por consenso o, en su defecto, por mayoría. De cualquier forma, las opiniones vertidas permanecen anónimas.

7.2.4. Aplicación de las recomendaciones del informe adoptado

Una vez adoptado el informe, este resulta obligatorio para las partes del conflicto. La parte vencida debe informar, en una reunión a celebrarse dentro de los 30 días siguientes, su propósito en cuanto a la aplicación de la recomendación o de la resolución adoptada.

Si alega no poder cumplirla de inmediato, debe proponer un plazo al efecto y el Órgano de Solución de Diferencias, mediante consenso, podrá acordar un "plazo prudencial". En caso de no lograrse consenso para ello, son las partes del diferendo las que deben fijar mediante común acuerdo el plazo.

En caso de no cumplir dentro del plazo acordado, la parte vencida debe entablar negociaciones con la parte afectada con el fin de determinar una compensación mutuamente aceptable. Si en 20 días no se consensuó una compensación satisfactoria, la parte afectada puede solicitar al OSD autorización para suspender a la otra parte concesiones efectuadas u otras obligaciones contraídas en el marco de la OMC. El OSD debe otorgar una autorización de sanción económica dentro de los 30 días.

En cuanto al alcance de las represalias en principio, deben suspenderse las concesiones relativas al mismo sector que hubiera sido objeto de examen, en caso de no resultar posible o eficaz, la suspensión se referirá a otros sectores de este. (represalias cruzadas). Pero si el Miembro afectado por la medida de represalia objeta el nivel de la suspensión propuesta, la cuestión debe ser sometida a arbitraje, donde se resolverá en forma definitiva.

El asunto se mantendrá en el orden del día del OSD hasta que se resuelva.

7.3. Derecho aplicable e interpretación de los acuerdos

La fuente primordial de derecho está constituida por la normativa del propio sistema de la OMC.

7.3.1. Acuerdos

Se trata de un marco jurídico convencional, al que los Miembros de la OMC se han sometido voluntariamente. Por consiguiente, los "acuerdos abarcados" constituyen el

ámbito material de aplicación del Entendimiento (o del sistema de solución de diferencias).

Estos “acuerdos abarcados” son los siguientes:

A) *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.*

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales.

Anexo IA: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.

Anexo IB: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

Anexo IC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias.

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

Anexo 4, Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

Acuerdo sobre Contratación Pública.

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos.

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

Esta normativa conforma, entonces, la fuente formal de obligación de los miembros de la OMC.

Subsisten únicamente dos acuerdos plurilaterales que forman parte de la OMC y que, sin embargo, no resultan obligatorios para todos los Miembros de la OMC, sino únicamente para aquellos que los hubiera suscripto. Se trata de los acuerdos plurilaterales sobre los mercados públicos y sobre las aeronaves de 1979.

7.3.2. Principios Generales de interpretación

Al tiempo de interpretar los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación pueden recurrir a “las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público”.

- Buena fe.
- Abuso de derecho
- Pacta sunt servanda
- Estoppel (necesidad de congruencia con sus propios actos)

- Aquiescencia (manifestación del principio de buena fe, que considera que la conducta anterior, en qué consiste una situación y luego pretende revertirla sorpresivamente)
- Irretroactividad
- Objeto y fin del acuerdo
- Equidad
- Efecto útil
- In dubio mitius (libertad frente a las restricciones)
- Res judicata (principio de cosa juzgada)
- Proporcionalidad
- Lex specialis (ley especial sobre ley general)
- Autonomía
- Coherencia
- Lex a posteriori (prevalece la última ley sobre las precedentes)
- Expectativas legítimas o razonables
- Valor de precedentes

Capítulo III:

Derecho Internacional Público

"Las personas favoritas del derecho internacional son los Estados; pero como estos se componen de hombres, la persona del hombre no es extraña al derecho internacional. Son miembros de la humanidad, como sociedad, no solamente los Estados, sino los individuos de que los Estados se componen"[7].

1. Introducción

El derecho internacional es uno de los derechos más antiguos del mundo, ya que fue la herramienta que permitió la convivencia de personas, pueblos, tribus, Estados, etc. Entendiéndose como aquel *"conjunto de normas jurídicas que reglan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional"*[8].

Desde la antigüedad hasta el siglo XVI el derecho internacional se caracterizó por ideas pacifistas o también conocido como la doctrina pacifista. Estos autores son considerados los verdaderos iniciadores de esta rama del derecho, ya que marcaron las bases y los principios del derecho actual.

Sin embargo, durante la época del renacimiento la Comunidad Internacional se sumerge en una discusión entre dos posturas influyentes en la materia. Por un lado, estaba la influencia del cristianismo – gran auge del derecho natural elaborado por teólogos españoles en el siglo XVI – y por el otro lado el espíritu laico, característico del renacentista, que buscaba la obtención de un ordenamiento legal.

En 1648 se firmaron los tratados de Münster y de Osnabrück – La Paz de Westfalia – lo que marcó la estructura política internacional durante casi un siglo. Este Tratado puso fin a la "Guerra de los treinta años", guerra de carácter religioso, entre el Emperador y

[7] ALBERDI, Juan Bautista, *El Crimen de la Guerra,* Capítulo X, sección I.

[8] MONCAYO, VINUESSE y GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público,* T. I, p. 14, Buenos Aires, 1987.

los Príncipes católicos alemanes, apoyados por la corona española, frente a los príncipes protestantes, apoyados por Francia y Suecia.

Estos tratados son de suma importancia porque es el primer documento trascendental en el derecho internacional, ya que se establece el principio de soberanía territorial, lo cual es un pilar del orden jurídico internacional. A partir de este documento se produjo un auge de las relaciones diplomáticas, específicamente de los tratados comerciales, abriendo así un periodo de cooperación internacional y la búsqueda de un derecho universal donde los Estados estén en igualdad jurídica sin distinciones religiosas.

Como consecuencia de la Paz de Westfalia en 1713 se firmó el Tratado de Utrecht, el cual estableció el principio internacional – político más importante, *"el justo equilibrio de poder"*, caracterizado en primer lugar por tratados sobre el trato de prisioneros, heridos y enfermos de campaña, por ser una etapa de numerosos enfrentamientos bélicos.

La Revolución de Estados Unidos y la Revolución Francesa produjeron una gran evolución del derecho internacional, las ideas progresistas donde la soberanía ya no era del gobernante sino del pueblo comenzaron a influenciar notoriamente en la materia, elaborándose un pensamiento más desafiante, donde la soberanía no solo era del pueblo de un Estado, sino que el concepto traspasaba las líneas fronterizas y era un asunto de la comunidad internacional, teniendo como consecuencia el origen del principio de la no intervención. Así el principio de equilibrio europeo quedó desplazado, por una composición territorial que surge a partir de la libre autodeterminación de los pueblos.

La Declaración del Derecho de Gentes y la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, producto de la doctrina del derecho natural del siglo XVIII, desarrollaron la existencia entre las naciones y la moral universal, elaborando un lazo que las une tanto a la moral y a la nación. Este lazo está dado por la soberanía de cada Estado, el derecho de cada país a organizar y cambiar su forma de gobierno y el reconocimiento de que cualquier ataque contra la libertad de un Estado es una ofensa contra la comunidad internacional.

El 28 de junio de 1919, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, se conformó el Tratado de Paz de Versalles, donde se crearon instituciones internacionales de suma importancia en el derecho internacional. Este tratado creó la Sociedad de las Naciones, la Organización Internacional del Trabajo, La Corte Permanente de Justicia Internacional y el Consejo de Seguridad, estableciendo el origen de los órganos internacionales de carácter intergubernamental en el escenario global.

Sin embargo, este Tratado fue un golpe duro para el desarrollo que venía presentando el derecho internacional, ya que la comunidad de Estados que se buscó en Westfalia a través de una moral universal fue desplazada por un nacionalismo y una anarquía internacional.

La Segunda Guerra Mundial fue el acontecimiento más importante en cuanto al derecho internacional, por sus graves consecuencias. Este enfrentamiento bélico promovió la creación de organismos internacionales. En el año 1945 se creó la Organización de las Naciones Unidas – reemplazo de la Sociedad de las Naciones –, La Corte Internacional de Justicia con sede en la Haya – reemplazo la Corte Permanente de Justicia internacional – y los organismos supragubernamentales – Comunidad del Carbón y Acero, Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica.

Todos estos acontecimientos enunciados *ut supra* fueron las causas que generaron la necesidad de incorporar tanto el Derecho Internacional, como el Derecho Comunitario o el Derecho de la Integración al Derecho Interno de cada Estado, ya que el Estado Argentino adquiere compromisos internacionales y forma parte de un mundo jurídico como un todo imprescindible y así lo reflejó la Constitución de 1994, con la modificación de sus artículos 67 inciso 19 (actualmente el artículo 75 inciso 22), el nuevo inciso 24 del artículo 75 y el artículo 124.

Si bien los cambios son importantes, estos no son sustanciales debido a que, en la parte dogmática, específicamente los artículos 27 y 31 la Constitución Nacional sigue ocupando ese rol central y protagónico en cuanto al centro del poder normativo. Aunque si bien el artículo 31 no fue reformado, el nuevo artículo 75 inciso 22 aclara la superioridad de los tratados sobre las leyes, no obstante, la disputa entre constitucionalistas e internacionalistas en el derecho argentino es contemporánea.

"La universalización del derecho, especialmente en materia de Derechos Humanos, les ha dado a los tratados internacionales sobre esa materia un efecto expansivo desde el derecho internacional hacia el derecho interno que no se circunscribe al tema de la recepción por cuanto ha prevalecido la tesis monista, sino que también abarca un complejo sistema de relaciones más amplio que incluye el llamado "diálogo" entre los tribunales de derecho internacional, como lo son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y entre estos tribunales y los tribuna les nacionales, además de otros tribunales y organismos que influyen notablemente en cuestiones de interpretación, reflejándose esas tendencias en la

propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que no ha podido sustraerse a todas ellas" [9].

2. Tratados Internacionales

Los tratados derivan del latín *tractatus*, lo que significa ajuste o conclusión de un negocio o materia.

En el ámbito del derecho internacional se entiende como tratado a todo acuerdo escrito realizado por dos naciones soberanas o por una nación y una organización internacional, como podría ser la Unión Europea.

Los tratados pueden ser de tres tipos. En primer lugar, tenemos los tratados políticos, son por ejemplo aquellos que pueden referirse a la mutua defensa en caso de ataques exteriores. En segundo lugar, se encuentran los tratados comerciales que regulan cuestiones netamente económicas, como los tributarios, los tratados de inversión, tratados sobre reducción de aranceles, etc., un claro ejemplo de estos tratados es el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. Por último, en tercer lugar, están los tratados jurídicos, herramienta mediante la cual se establece el sometimiento de las disputas entre las partes a un arbitraje especial o de instituciones como el Tribunal Permanente de Arbitraje o el Tribunal de Justicia Internacional.

Los tratados internacionales han aportado una gran evolución y perfeccionamiento en todos los campos del derecho, su influencia puede encontrarse en el derecho constitucional, en el derecho civil y comercial, en el derecho laboral, etc. El fin de esto es la obtención de la paz duradera y el respeto de los derechos humanos en todo el mundo.

La doctrina de la pacificación mundial se impuso en el escenario mundial, la cual promulga favorecer la pacificación y resolución de conflictos sin recurrir a la violencia y utilizando los medios que los tratados brindan para llegar a una resolución que evite las hostilidades.

[9] VANOSSI JOGER, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos, tercera edición, pág. 17.*

3. Convención de Viena

La Convención de Viena fue celebrada el 22 de mayo de 1969, y fue abierta a todos los países el 23 de mayo del mismo año, por las Naciones Unidas, en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho de los Tratados.

La Conferencia se llevó a cabo en dos sesiones, ambas se llevaron a cabo en la ciudad de Neue Hofburg, Viena. La primera sesión inicio el 26 de marzo de 1968, hasta el 24 de mayo del mismo año, y la segunda sesión inicio el 9 de abril y concluyo el 22 de mayo de 1969.

El objetivo de esta conferencia fue trabajado por más de 15 años, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, buscando obtener una codificación del derecho internacional tradicional de los tratados y un desarrollo progresivo.

Los Estados encuentran la razón del tratado en la función fundamental de regular las relaciones internacionales, y en el auge de aquellos como fuente del derecho internacional, como herramienta para la cooperación pacífica entre los países, teniendo como principios el régimen constitucional, el libre consentimiento y la buena fe.

Los miembros consideraron que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados, logrados en la Convención, contribuirían a la consecución de los propósitos que tienen las Naciones Unidas. Estos objetivos son mantener la paz y la seguridad internacional, desarrollar las relaciones de amistad entre las naciones y fortalecer la cooperación internacional y en último lugar lograr que las controversias se resuelvan de manera pacífica en base a la justicia y el derecho internacional.

La Convención tiene fines inmediatos y fines mediatos. Los primeros son aquellos fines últimos y primordiales, como lo es la codificación del derecho internacional, lo cual sería el punta pie para un desarrollo constante en el tiempo y espacio de los tratados. El segundo fin se refiere a aquellos fines que generen una cooperación pacífica entre las naciones, buscando siempre mantener la paz y la seguridad internacional bajo los principios de las Naciones Unidas.

3.1. Ámbito material de aplicación

La Convención integra al mismo tiempo, en forma complementaria y bajo una estructura a temas políticos, económicos, sociales, culturales, etc. Siendo un instrumento de suma importancia en la cooperación normativa de los países que buscan un interés internacional general.

3.2. Ámbito territorial de aplicación

El artículo 1 de la Convención de Viena menciona *"el alcance de los tratados entre Estados"*, y el artículo 29 de la misma Convención trata sobre el ámbito territorial que tienen los tratados, estableciendo que "*Un tratado será obligatoria para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".*

Las disposiciones de la Convención de Viena son aplicables a cualquier tipo de tratado escrito entre Estados, sin importar la materia en la que traten. Sin embargo, la misma norma cita en su artículo número 3 cuales son los tratados que no se encuentran dentro del ámbito del tratado madre.

Las excepciones impuestas por el artículo 3 son, *"Los Acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional; Los Acuerdos celebrados entre otros sujetos de derecho internacional diferentes al Estado; Los Acuerdos internacionales no celebrados por Escrito".*

3.3. Clasificación de los tratados

Los tratados internacionales se pueden clasificar en bilaterales o multilaterales, abiertos o cerrados y en tratados propiamente dichos y en forma simplificada.

3.3.1. Tratados bilaterales o multilaterales

Estos tratados se refieren al número de sujetos que forman parte de un acuerdo. Los bilaterales son acuerdos internacionales firmados por dos sujetos del derecho internacional, a diferencia de los multilaterales que son acuerdos internacionales

celebrados por varios sujetos del derecho internacional, estos últimos son también conocidos como tratados colectivos, diferenciándose de los tratados regionales que son aquellos celebrados por los Estados con una identidad de intereses sobre una región determinada que tienen los participantes en común.

3.3.2. Tratados abiertos o tratados cerrados

Hacen referencia a la posibilidad de que se incorporen nuevos Estados que no participaron en las negociaciones del documento a la hora de su confección. La característica esencial de los tratados cerrados es que poseen una cláusula que no permite que nuevos Estados se incorporen, pero los Estados pueden acordar el ingreso de un nuevo miembro. En cambio, los tratados abiertos posibilitan la entrada de nuevos participantes, sin que sea necesario que se envié una invitación expresa de un miembro del tratado.

3.3.3. Tratados en buena forma o tratados de forma simplificada

Se diferencian en cuanto a la forma en que se lleva a cabo la celebración del tratado. Los de buena forma son los documentos internacionales que se realizan llevando a cabo un proceso complejo de negociación, es decir adopción del texto, firma y ratificación. En cambio, los acuerdos simplificados son aquellos documentos cuyo proceso de conclusión posee únicamente una etapa de negociación y la firma en varios instrumentos separados.

3.3.4. Tratado contrato o tratado ley

La diferencia característica entre uno y otro es el contenido u objeto del tratado. La doctrina clasificó a los acuerdos internacionales en tratados de naturaleza normativa por un lado y por el otro a los tratados de naturaleza contractual. Los tratados de naturaleza contractual son los tratados – contratos. Los cuales tienen como objeto la regulación de las relaciones de un espacio jurídico concreto, mediante el cual se establecen las obligaciones específicas para los Estados que formen parte del documento.

Los tratados de naturaleza normativa, también conocidos como tratados ley, establecen las normas generales que reglamentan las conductas futuras de las partes.

3.4. Naturaleza de la Convención de Viena

La Convención de Viena es un tratado internacional multilateral, colectivo, abierto, tratado en buena fe y de naturaleza normativa. Cabe aclarar que, si bien es un tratado abierto, contiene 2 limitaciones expresas dentro del mismo documento, en los artículos 81 y 83, que se encuentran en la parte VIII del tratado, específicamente el artículo 81 menciona la firma y el 83 a la adhesión de los miembros.

Asimismo, la Convención es de carácter operativo, ya que no es necesario una reglamentación interna para la aplicación en el territorio argentino. En su libro de Derecho Internacional Público, el autor Julio Barboza sostiene que *"nuestra Constitución, ni antes ni después de la reforma de 1994, requiere de la transformación de las normas internacionales en internas para que puedan ser aplicadas a los individuos, súbditos de la República. En realidad, un tratado del cual la República sea parte, se aplicará directamente si es operativo, esto es, si sus normas pueden aplicarse sin condicionamientos especiales ni necesidad de reglamentación interna".*

El nacimiento de la Convención surge dentro de la Organización de las Naciones Unidas y por este motivo le son aplicables todas las normativas formales y materiales previstas por la misma ONU, para obtener sus objetivos básicos y primordiales, agregándole una estructura institucional jurídicamente operativa para llevar a cabo el cumplimiento y la realización de sus cometidos.

3.5. Resolución de conflictos

El secretario general de las Naciones Unidas debe tener una lista de juristas calificados, esa lista se realiza como lo establece Anexo de la Convención en su artículo 1, el cual regula:

"El secretario general de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por juristas calificados. A tal efecto, se invitará a

todo Estado que sea miembro de las Naciones Unidas o parte en la presente Convención a que designe dos amigables componedores; los miembros de las personas así designadas constituirán la lista. La designación de los amigables componedores, entre ellos los designados para cubrir una vacante accidental, se hará para un periodo de cinco años renovables. Al expirar el periodo para el cual hayan sido designados, los amigables componedores continuarán desempeñando las funciones para las cuales hayan sido elegidos…"

La sección IV del instrumento internacional, la cual se refiere al procedimiento, en su artículo 66 regula que el secretario general de las Naciones Unidas deberá someter a una comisión de conciliación compuesta por un miembro de cada nacionalidad, o de los Estados parte de la controversia, y un tercero que no tenga ninguna de las nacionalidades en conflicto, el cual será seleccionado de la lista que debe tener confeccionada el secretario general de las Naciones Unidas.

Una vez elegidos los amigos componedores, dos por parte, dentro de los sesenta días de receptada la solicitud por el secretario general. estos cuatro componedores deben nombrar a un quinto integrante. Si en estos sesenta días no se selecciona el quinto integrante el secretario general deberá nombrar a este quinto miembro, el cual podrá ser nombrado presidente. Sin embargo, es importante aclarar que los plazos se pueden prolongar si las partes en controversia se ponen de acuerdo.

Cuando se conforma la comisión, que se llamará Comisión de Conciliación, esta tendrá la tarea de convocar a las partes o a cualquiera de las partes del tratado. El fin de esta convocatoria es darle la posibilidad de que cada uno exponga su versión, ya sea verbal o escrita, la cual les permita a los miembros examinar las pretensiones y objeciones de cada actor involucrado en el proceso.

Todas las decisiones que tome la Comisión de Conciliación se adoptarán por mayoría de votos de los integrantes, sin embargo, el documento recomienda que se tome una decisión unánime, ya que efectuarán propuestas a través de las cuales se intente conseguir una solución amistosa de la controversia que causó el origen del conflicto.

Doce meses después de la creación de la Comisión, ésta debe presentar un informe, el cual no será vinculante ni tiene fuerza ejecutoria por sí mismo. El informe debe ser presentado al secretario general y este se lo debe comunicar a las partes que forman parte de la disputa.

3.6. Entrada en vigor y aplicación de los Tratados

La entrada en vigor de un instrumento internacional es de suma importancia para la aplicación de este tipo de derecho. El aspecto temporal necesita una doble consideración, donde por un lado se debe prestar atención a las condiciones temporales en su entrada y a la retroactividad o no, y por otro lado a las pautas de finalización o culminación de la vigencia del instrumento.

El artículo 24 de la Convención regula la entrada en vigor y aplicación de los tratados. La normativa expresa que un tratado entrara en vigor de la forma y en la fecha que concuerden las partes, en caso de surgir un problema el tratado entrara en vigor tan pronto como sea posible, cuando todas las partes manifiesten consentimiento de quedar obligadas al acuerdo.

El artículo 25 se refiere a aquella aplicación provisional de los tratados, explicando que la aplicación parcial se llevará a cabo cuando el mismo instrumento lo permita mediante acuerdo de las partes en la etapa de negociación del documento.

3.7. Extinción de los Tratados

La misma Convención prevé cuales son las causas que terminarían los tratados que firman los Estados. Entre ellas podemos identificar las siguientes dentro del instrumento:

- Condición resolutiva (art. 5)
- Previsión de un término final establecido en el tratado
- Denuncia o retiro (art. 56)
- Violación a la letra del Tratado por una de las partes (art. 60)
- Imposibilidad de cumplimiento (art. 61)
- Finalización por la celebración de un nuevo tratado (art. 57, 58 y 59)
- Cambio fundamental de las circunstancias (art. 62)

4.Incorporación de la Convención de Viena al sistema normativo argentino

Miguel Ángel Ekmekdjian manifiesta la activa participación que posee el Congreso de la Nación en el manejo de las relaciones internacionales de nuestro país. El autor funda su idea en varios articulados de la Carta Magna, entiende que el artículo 75 inciso 22 le atribuye al poder legislativo la función de aprobar o desechar los tratados con los demás Estados y los concordatos con la Santa Sede. Este artículo, el jurista lo relaciona con el artículo 27 del mismo documento y el artículo 99 inciso 11, que establecen los principios fundamentales de la República en materia diplomática.

El artículo 27 de nuestra Constitución Nacional señala que "*El gobierno federal estará 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".*

El autor señalado al comienzo de este capítulo interpreta que el artículo 27 impone al gobierno federal una línea política de buena vecindad y amistad con todas las naciones y organismos que integran la comunidad internacional. Tales relaciones deben basarse en la paz y en el comercio, que es factor fundamental de integración económica entre los diversos países y, por consiguiente, facilita el conocimiento recíproco y el intercambio de todo tipo.

En cuanto al artículo 99 inciso 11 se refiere al procedimiento que requiere la concertación y aprobación de un tratado internacional, de acuerdo con las normas vigentes en el territorio argentino.

En cuanto a las formas, podemos diferenciar tres etapas sobre la incorporación de los Tratados a la legislación argentina.

Una primera etapa donde se llevan a cabo las negociaciones de los funcionarios nacionales, técnicos o políticos. Esta tarea se encuentra prevista en el artículo 99 inciso 11, donde se le otorga al presidente el poder de iniciativa, dándole la atribución de concluir (negociación) y firmar un tratado con otro agente internacional. En esta etapa la característica más trascendente es que el presidente o algún representante designado por el Poder Ejecutivo, tiene la plenitud de la discrecionalidad política que le permite negociar y concluir un tratado, y posteriormente firmarlo, lo cual paradójicamente rara vez sucede.

La segunda etapa consiste en el envío del documento, que se produce como consecuencia de las negociaciones realizadas en la primera etapa, al Congreso de la Nación por parte del Poder Ejecutivo. El Legislativo decidirá aprobar o desechar el tratado mediante una ley ordinaria conforme a lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Esta participación del Poder Legislativo constituye un acto de control democrático sobre el Ejecutivo.

Sin embargo, de la misma manera el Congreso puede dictar una ley que rechace el tratado firmado por el Ejecutivo, el cual pasará a no tener ningún efecto jurídico, lo cual pocas veces se ha visto, ya que cuando se prevé que el Congreso no apruebe el Tratado, esté directamente no se trata en las cámaras.

Sancionada la ley de aprobación, el Poder Ejecutivo debe promulgarla en el Boletín Oficial para que el instrumento tenga efectos jurídicos en el territorio nacional argentino.

La última etapa, la tercera, es la ratificación en sede internacional del tratado firmado, el cual fue ratificado por una ley ordinaria en la etapa anterior. La ratificación es un requisito inevitable para que un tratado tenga plena vigencia dentro del territorio nacional, sin embargo la Convención de Viena no exige la ratificación como requisito esencial que exprese el consentimiento de un Estado para obligarse por un tratado, pero la doctrina argentina entiende que la ratificación no es un acto de voluntad autónomo del Poder Ejecutivo, sino que es la ejecución de un mandato que el Poder Legislativo le otorga al Ejecutivo, por lo cual el instrumento internacional violaría la división de poderes que estipula nuestra Ley Fundamental, si el Ejecutivo no manifestara la voluntad del Congreso.

4.1. Ley 19.865

La normativa fue suscripta por la República Argentina el 23 de mayo de 1969, bajo la Presidencia de Juan Carlos Onganía (29 de junio de 1966 – 8 de junio de 1970). El artículo 1 de la ley 19.865 aprobó la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, pero el Estado argentino realizó ciertas reservas, las cuales se encuentran en el artículo 2 de la ley.

Una de las reservas que la República Argentina efectuó a la hora de ratificar la Convención es el punto b del artículo 45. El artículo 45 se encuentra dentro de la parte V de la Convención, la cual regula la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. Este artículo en particular trata sobre la pérdida de un derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado. La reserva impuesta por el Estado argentino se fundamenta en que aceptar el punto b del artículo citado, significa una renuncia anticipada de derechos.

La otra reserva que marca la normativa es sobre el artículo 62 de la Convención, no aceptando que cambios fundamentales sobre los tratados, ante circunstancias existentes en el momento de la celebración, que no fueren previstos por las partes, puedan alegarse como causa para dar por terminado o retirarse del acuerdo. El Estado argentino se suma a las reservas formuladas por la República Islámica de Afganistán, el Reino de Marruecos y la República Árabe Siria sobre el mismo artículo.

4.2. Constitución y Convención

La doctrina coincide en la existencia de dos métodos que permiten incorporar un instrumento internacional, como lo es un tratado, a la legislación argentina.

Uno de los métodos es la adaptación de los tratados internacionales que firma el gobierno federal a la Constitución Nacional. Este proceso genera una dificultad entre los artículos 27 y 31 de nuestra Carta Magna y los incisos 22 y 24 del artículo 75.

El segundo método es continuar con los lineamientos del ius cogens. El artículo 53 de la Convención de Viena señala como nulo todo aquel tratado, que, en el momento de su celebración, sea contrario a alguna norma imperativa del derecho internacional. Las normas imperativas del derecho internacional son aquellas aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional y solo puede ser modificada por otra norma de derecho internacional imperativa.

Sin embargo, el ius cogens no solo no puede violar normas imperativas del derecho internacional, lo mismo ocurre con las normas constitucionales de los Estados, las cuales deben prevalecer sobre las normas ius cogens. Esta prevalencia de las normas establecidas en la Constitución, nuestra Carta Magna, lo encuadra en el último párrafo

del artículo 27 y el artículo 31, lo cual permite la impugnación de inconstitucionalidad de un tratado, cuyo contenido sea contrario a los principios constitucionales.

5. Ius Cogens

Todos los países tienen un método de celebración y aprobación particular para llevar a cabo los tratados y esto se debe a la descentralización que presenta la estructura jurídica internacional. Como consecuencia de esto la Constitución Nacional enmarca cuales son las distribuciones de los órganos, los procedimientos, las formas y las condiciones que deben darse para que un compromiso que tome el Estado sea válido, lo cual es diferente en los procesos supranacionales donde se aplica un derecho comunitario que afecta a toda la región, por ejemplo, como sucede en la Unión Europea.

En tiempos modernos el *ius cogens* ha tomado un rol protagonista en el derecho internacional, otorgándole un carácter imperativo, nutriéndolo de una fuerza obligatoria que los países tienen que respetar en su derecho interno, teniendo primacía obligatoria inclusive sobre cualquier Constitución si estos fueran violados o desconocidos.

El artículo 53 de la Convención de Viena celebrada en 1968 establece que, "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

El Ius Cogens no surge del contenido de una norma, sino que nace de una decisión política que se convierte en una norma por consenso o descenso del conjunto de Estados. Los países son quienes crean y derogan estas normas intangibles y a pesar de que su construcción es frágil, los agentes internacionales no pueden negarse a su aplicación ya que sirve para organizar la comunidad internacional.

Sin embargo, la fragilidad del Ius Cogens hace que la norma política muchas veces no sea interpretada de manera uniforme, lo cual es un problema que hace que algunos organismos internacionales determinen cosas distintas a las establecidas por la Comunidad Internacional. Pero tanto la doctrina y algunas instancias internacionales

reconocen que el Ius Cogens brinda una especie de Orden Público Internacional, aunque todavía su aplicación, en cuanto a sanciones por su violación, haya sido excepcional.

La comunidad internacional ha tenido grandes progresos en las últimas décadas, especialmente luego del fin de la Guerra Fría. La característica principal de los avances es que estos son generados en etapas lentas y sólidas, dejando de lado la ambición y la vertiginosidad que caracterizó siglo XX.

El importante jurista ruso del siglo XIX, Boris Mirkine – Guetzévitch, destaca la importancia de los procesos históricos en la generación de una conciencia armónica entre el derecho público internacional y el derecho público interno, ya que los avances y cambios de ambos se producen a través de grandes sucesos históricos, como por ejemplo la Revolución Francesa. El autor en su teoría expone que no existe una conciencia jurídica propia del derecho público interno y una del derecho público internacional, sino que el hombre tiene una sola conciencia jurídica que integra ambos tipos de derecho, la cual cambia debido a los acontecimientos históricos, generando que lo que hoy puede ser valioso mañana puede ser lo contrario, pero el fin del hombre siempre es el mismo, proteger el sistema de derechos a través de la racionalización del poder.

6. Costumbre Internacional

Luego de la Segunda Guerra Mundial la costumbre internacional comienza a tener un mayor protagonismo en el escenario jurídico internacional y esto se ve en la Convención de Viena y la incorporación del *jus cogens*, en los artículos 53 y el artículo 64.

Se entiende como costumbre internacional a aquellas reglas que no tienen la necesidad de tener reglas específicas, por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza, el tráfico de esclavos, la piratería, la violación de los Derechos Humanos y el genocidio.

El artículo 118 de nuestra Constitución establece que son competentes los tribunales nacionales cuando se cometan fuera del territorio nacional delitos contra el derecho de gentes, para estos casos el Congreso deberá, por ley especial, determinar donde se llevará a cabo el juicio. Este artículo prevé en forma excepcional el juicio a delitos cometidos fuera de los límites de la Nación y le designa al Congreso de la Nación la facultad de conformar un tribunal con competencia para su tratamiento.

La costumbre internacional fue incorporada por la doctrina originalmente en Inglaterra debido a las demandas que surgían como consecuencia de la expansión del comercio en plena Revolución Industrial. El primer país en el continente de incorporar esta postura fue Estados Unidos, debido a que era una colonia del Imperio Británico y conservaron el sistema jurídico aun después de haberse independizado.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado a través de sus sentencias que las normas del derecho internacional son obligatorias e incluso sobre las leyes nacionales, en aquellos casos en que la Nación haya celebrado un tratado y cuando exista una regla consuetudinaria de derecho internacional.

En fallos como "Arancibia Clavel", "Esposito" y "Simón" la Corte Suprema de Justicia, recurrió a las normas de derecho internacional al referirse a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que habían sido cometidos en la última dictadura militar.

7. Tratados de Inversión

Los Estados celebran tratados entre ellos para regular las relaciones comerciales que llevarán adelante los involucrados en el documento. El objetivo de estos tipos de tratados es facilitar las relaciones comerciales y la inversión proporcionando un marco jurídico seguro y confiable.

Al mismo tiempo el tratado establece los mecanismos mediante los cuales se resolverán las posibles controversias, en caso de que un Estado o una empresa demande a la otra parte por la generación de daños.

Sobre cuestiones comerciales quien se encarga de resolver los problemas es la Organización Mundial del Comercio y sobre problemas que surjan como consecuencia de una inversión, quien lo resuelve es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI).

Los Tratados Bilaterales de Inversión *"revisten categorías de tratados internacionales en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución reformada que señala que tales tratados tienen jerarquía superior a las leyes y, por ende, se encuentran*

sujetos al principio de supremacía (art. 31, CN) y son pasibles del llamado control de constitucionalidad por parte de los jueces de la Nación"[10].

El problema surge en aquellos casos en que el Estado se adhiere voluntariamente al arbitraje que proporciona el CIADI. Este tipo de garantías se crearon para aquellos países emergentes donde no existen garantías institucionales de separación de poderes ni existe una independencia del Poder Judicial, renunciando así al orden público que establece la Constitución Nacional.

Lamentablemente Argentina es uno de los Estados más denunciados en la institución. En el año 1991, se suscribió en Francia un convenio en el cual se le permite al damnificado someterse directamente a un arbitraje internacional, sin antes haber agotado el procedimiento local. Este proceso es muy dinámico y no dura menos de seis meses, siendo clave la buena fe a la hora de negociar de las partes. En caso de no llegar a un acuerdo el demandante puede acudir al CIADI o a un tribunal ad hoc bajo las reglas estipuladas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El Dr. Horacio Rosatti señala que la imposibilidad de ejercer un control judicial local de inconstitucionalidad no es para la República Argentina una cuestión procesal, sino una cuestión sustancial, ya que se violarían los principios del derecho público argentino, los cuales están enumerados en la Constitución Nacional y todos los tratados internacionales deben respetar, la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1 y siguientes), el principio de juridicidad y el de reserva (art. 19), el principio de igualdad (arts. 15, 16, 75, inc. 23 y siguientes), el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99, inc. 2 y siguientes) y el debido proceso legal (art. 18).

De esta manera, según Rosatti, si se le otorgara una jerarquía supraconstitucional a todos los tratados internacionales, donde se evite el control de constitucionalidad local, la Carta Magna se podría modificar por simples leyes que aprueben distintos tratados, contradiciéndose completamente con el artículo 30 de nuestra ley fundamental y alterando el orden jerárquico que establece el sistema normativo argentino en el artículo 31 y 75, inciso 22 de nuestro ordenamiento, donde los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional.

[10]VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos, tercera edición*, página 186.

7.1. Clausula Calvo

El derecho internacional siempre intentó lograr una igualdad entre los extranjeros y los nacionales a través de su desarrollo y progreso a lo largo del tiempo.

El 12 de febrero de 1824, nació en Montevideo uno de los grandes influyentes de la diplomacia argentina, Carlos Calvo. Calvo vivió su infancia en Uruguay y se mudó a Buenos Aires para estudiar derecho. Dedicó su vida a la diplomacia y ocupó los cargos de alto nivel representando al Gobierno argentino en Uruguay, en Paraguay, en Inglaterra, en Francia, en Alemania, en Italia y en la Santa Sede.

Durante su gestión como ministro de relaciones exteriores, bajo la presidencia de Julio Argentino Roca y Manuel Quintana, creó una cláusula, la cual lleva su nombre, que se aplica en los contratos que el Estado celebra con extranjeros, por lo general él se enfocó en los contratos de concesión.

El fin de la cláusula es evitar el amparo diplomático indebido que llevan a cabo los países desarrollados a favor de sus súbditos, los cuales supuestamente se ven dignificados por los contratos celebrados con países que no tienen el mismo tipo de desarrollo. Por lo cual, esta cláusula se creó con el objetivo de que se genere un principio de igualdad de trato para extranjeros y nacionales, donde el extranjero se someterá a las reglas y justicia del Estado nacional.

La "doctrina Calvo" *"negaba, fundándose en el principio de igualdad jurídica de los Estados, que los nacionales de otros países tuvieran privilegios especiales y propugnaba que las controversias relativas a reclamos de esos extranjeros contra los Estados receptores de la inversión debían resolverse exclusivamente de acuerdo con las leyes del país receptor y por sus tribunales"*[11].

7.2. CMS Gas Transmission Company c/ Argentina

[11] CONESA, Eduardo R., "Argentina: como convivir con el *default",* LL supl. Especial *Default y reestructuración de la deuda externa de noviembre de 2003,* p. 79.

Luego de la crisis económica que Argentina sufrió a fines de la década de los 80, el Estado argentino comenzó a implementar un modelo económico de privatización de industrias de propiedad del Estado y servicios públicos. Es así como se sancionaron dos leyes muy importantes como la Ley 23.696 sobre Reforma del Estado en agosto de 1989 y la Ley 23.928 de Convertibilidad de la Moneda en marzo de 1991, que se complementó con el Decreto 2.128/91 que estipuló la paridad entre el peso argentino y el dólar norteamericano.

En 1992, a través de la Ley 24.076, el Estado argentino estableció un marco jurídico que le permitía la privatización de la industria del gas, regular su transporte y distribución del gas natural. Mediante esta ley, se estableció que ENERGAS sería el órgano público que regulará la industria, supervise el correcto funcionamiento y determine las tarifas.

Anteriormente el servicio era proveído únicamente por el Estado, pero este fue dividido en dos compañías de transportes y ocho compañías distribuidoras, todas de capital privado. Dentro de este capital se encontraba Transportadora de Gas del Norte (TGN), empresa que consiguió una licencia para el transporte de gas en Argentina por treinta y cinco años con una posible prórroga de diez años, en 1992. Se acordó que las tarifas serían calculadas en dólares y estas se verían cada seis meses, de acuerdo con el Índice de Precios del Producto de los Estados Unidos (US – IPP). En el año 1995 CMS compró el 29.42% de las acciones de TGN

A fines de 1990 y principios del 2000 Argentina se vio sumergida en una nueva crisis económica. En enero y julio del 2000 las empresas de gas decidieron postergar el reajuste de las tarifas de acuerdo con el US – IPP. En agosto del mismo año un tribunal argentino dictó una medida precautoria que congelaba las tarifas y se dejaba de lado los reajustes del US – IPP.

La crisis en el año 2001 se profundizó y en enero del 2002 se dictó la Ley 25.561, donde se declaró el estado de emergencia pública. A través de esta normativa los concesionarios de servicios públicos perdieron sus derechos de modificar las tarifas y se pasó de un cálculo en dólares a un cálculo pesificado. El problema radicaba en que el nuevo cálculo consideraba que 1 dólar era 1 peso, pero en la Argentina el valor oficial de 1 dólar era 3,85 pesos.

CMS decidió por estas razones recurrir al CIADI, invocando el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección

Recíproca de Inversiones, celebrado en el año 1991. La demandante alega el incumplimiento del trato justo y equitativo que se le debe otorgar a los inversionistas y los compromisos contraídos por la Nación Argentina.

Por su parte el Estado argentino destacó la prevalencia del ordenamiento jurídico interno, la supremacía de la Constitución Nacional, alegó el estado de crisis en el cual estaba sumergido el país y la necesidad de pesificar los contratos que se habían celebrado en dólares por razones de emergencia y fuerza mayor.

Al mismo tiempo el gobierno argumentó que no pueden serles atribuidas las pérdidas que el demandante obtuvo y en todo caso TGN debiera ser quien se haga responsable de las pérdidas de CMS. El Estado argentino agrega que la licencia no garantizaba la rentabilidad del negocio.

El tratado según la postura argentina no fue violado, la empresa no había recibido un trato arbitrario ni discriminatorio y el Estado argentino no asumió obligaciones con CMS, sino únicamente con TGN.

El estado de emergencia nacional, invocada por la crisis social y económica, exime a la República Argentina de toda responsabilidad tanto en el derecho internacional como en el Tratado. De igual manera, expone el demandado, el conflicto debiera resolverse en tribunales nacionales, ya que el inversionista, como cualquier inversionista nacional, está sujeto al derecho interno y su licencia se rige por el derecho argentino.

El tribunal arbitral admitió que no tiene jurisdicción sobre medidas de política económica que fuesen adoptadas por el Estado argentino, sin embargo, sostuvo que, si tiene la potestad jurisdiccional para resolver el conflicto, ya que la demandada había adquirido obligaciones mediante la firma del tratado, por lo tanto, el demandado incumplió en sus obligaciones al otorgarle un trato justo y equitativo al inversionista.

Argentina perdió el laudo y fue obligada a abonar una indemnización de u$s 133.2 millones. El derecho internacional tiene sus principios, entre los más destacados el *bona fides* y el de *pacta sunt servanda.* Estos dos son los pilares que regulan el mundo globalizado de las inversiones y el comercio internacional, regulado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estableciendo que los Estados no pueden alegar cuestiones del derecho interno para no cumplir con los compromisos de obligaciones internacionales que haya tomado.

Capítulo IV:

Derecho de Integración

"El derecho tiene que dar la última palabra o, mejor dicho, tiene que brindar los mecanismos que permitan alcanzar la igualdad de trato en las cargas y en los beneficios que soportan y que reciben todos los Estados miembros de una comunidad"[12].

1. Introducción

El hombre por su naturaleza tendió a unirse con otros y así formar un grupo que le facilite a cumplir sus objetivos, así se formaron las primeras familias, las cuales permitieron el desarrollo y expansión del ser humano. Esa naturaleza de agrupación tuvo como consecuencia la creación del Estado, pero no se detuvo ahí, sino que con el paso del tiempo comenzó a complejizarse y esos Estados comenzaron a unirse con otros, delegando determinadas facultades a un ente superior, abstracto e ideal que tendría un determinado grado de poder a fin de poder controlar y ordenar la vida social entre los Estados y resolver los posibles conflictos entre los integrantes. Esta delegación de poder de los Estados a un órgano superior se formalizó a través de la redacción de constituciones que dieron origen a los Estados modernos de hoy en día.

Los Estados nacionales con el tiempo se consolidaron y comenzaron a relacionarse con otros pares, creando la necesidad de pensar en un nuevo sistema jurídico, el cual vaya más allá del ámbito interno de los Estados y tenga por objetivo la paz, la seguridad internacional y la integración entre los países.

Como consecuencia de toda esta integración los países debieron necesariamente reforzar sus vínculos, con relación a sus características sociales, económicas y políticas, creando reglas comunes que permitieran una relación fluida y dinámica entre los miembros que formarán parte de la unión, a través de la cesión de facultades a un

[12] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 417.*

organismo supranacional creado con el fin de lograr una igualdad efectiva entre todos los Estados.

Así con el paso del tiempo los procesos regionales fueron tomando una mayor importancia y tomando una mayor preponderancia en el ámbito jurídico, político, social y económico de las distintas regiones, generando como consecuencia un surgimiento de comunidades de Estados, que comparten un sistema jurídico y normativo que permite una organización, desarrollo y seguridad más benéfico para los países miembros, que se creó bajo el marco jurídico generado por tratados que los países firmaron.

2.Derecho de la Integración

El derecho de la integración es "*el conjunto de normas y actos jurídicos que regulan las conductas de los Estados entre sí, de estos con organismos internacionales, y de estos organismos entre sí, con el objeto de potenciar la cooperación entre las partes para facilitar la obtención de fines propuestos – generalmente económicos –, mejorar sus relaciones recíprocas y fortalecer su posición conjunta frente a los Estados ajenos al grupo formado"*[13].

Los antiguos griegos entendieron que el hombre era social por naturaleza y formar parte de una comunidad era lo que los hacía distinto a los demás animales. Esta comunidad era la que conformaba al Estado, el cual a lo largo de toda la historia se intentó unificar con otros Estados, ya sea por el comercio o la guerra.

Ejemplos claros de estos intentos fueron los romanos cuando se unieron con los pueblos latinos para conquistar a todos los pueblos que se establecían en lo que hoy es Italia, o en siglo XIX y siglo XX cuando el colonialismo era lo que predominaba en el escenario mundial. Sin embargo, estos ejemplos no son producto de la integración, sino que son el dominio de una nación sobre otra.

La creación de la Liga de las Naciones, luego de la Primera Guerra Mundial, y la creación de las Naciones Unidas, al finalizar la Segunda Guerra Mundial le dieron un nuevo enfoque a la integración entre los Estados, esta nueva perspectiva tuvo como motor el reconocimiento de los derechos humanos y el principio de autodeterminación de las

[13] PIZZOLO, Calogero, "Derecho e Integración Regional", Ediar, 2010, p.27.

naciones, buscando la paz y la seguridad mundial, generando así un contexto de cooperación internacional que permita solucionar problemáticas sociales, económicas y humanitarias en todos los países.

Sin embargo, el Derecho de la Integración no se centraliza tanto en organismos como la ONU, sino que dirige su estudio a los procesos regionales, los cuales en la segunda mitad del siglo XX han tomado un rol importante en el desarrollo económico interno de cada Estado.

Actualmente los Estados se unen con otros a través de procesos de cooperación o alianzas, donde suelen crear una unidad autónoma de poder, la cual le permite generar los medios necesarios para que la alianza sobreviva en caso de un eventual conflicto. La diferencia a los intentos que se llevaron a cabo en el pasado y obtuvieron resultados negativos, es que los medios utilizados son técnicos de carácter económico y no se utiliza la fuerza a través de la política, creando una sensación de que un Estado comparte parte de su soberanía con otra, pero este no cese de la misma.

El objetivo de esta rama del derecho es regular la unión de distintos Estados para formar una unión entre los mismos, principalmente a través de una regulación de características económicas, pero también social y cultural dentro del ámbito del derecho.

El jurista Miguel Ángel Ekmekdjian cree que es cierto que la integración tuvo en sus comienzos objetivos puramente económicos, pero luego estos fueron ampliándose a otras ramas naturalmente hasta llegar a los procesos actuales que también tienen como un objetivo fundamental la protección de los derechos humanos[14].

2.1. Características del Derecho de la Integración

Esta rama del derecho tiene varias características propias que la distinguen de otras ramas jurídicas, estas son la aplicabilidad inmediata o automática, la aplicabilidad directa, la aplicabilidad por los jueces nacionales y la supremacía.

[14] EKMEKDJIAN, Miguel, *Hacia la República Latinoamericana, Mercosur, Tratado de Montevideo 1980 (ALADI), Tratado argentino – brasileño,* Depalma, 1991, Buenos Aires, p. 122.

2.1.1. Aplicabilidad inmediata o automática

Las normas que integran el derecho del proceso de integración se incorporan automáticamente al derecho interno de cada país miembro, sin que sea necesario la creación de una norma del derecho local de cada Estado para que esta tenga valor jurídico.

Esta característica deja de lado la concepción dualista del derecho, siendo viable únicamente en los países que aplican la teoría monista en cuanto a la relación que existe entre el derecho interno y el derecho externo.

La aplicación inmediata le cabe tanto a las normas primarias, como a las normas derivadas, en ambos casos el Estado no puede invocar razones para abstenerse a cumplirlas, sin embargo, esto es más claro en las normas derivadas.

2.1.2. Aplicación directa

Las normas que integran el Derecho de la Integración generan derechos y obligaciones a todos los ciudadanos de los Estados miembros del proceso de integración.

La incorporación al derecho interno es automática, siendo obligatorio para los jueces de cada Estado el reconocimiento de los derechos que surjan de los tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias y al mismo tiempo el ciudadano deberá cumplir con las obligaciones.

La aplicación directa de la norma sin embargo no surge de los Tratados en sí, sino que su origen siempre es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad, así lo estableció el caso "*Van Gend & Loos",* el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea confirmó que la Comunidad es un nuevo orden jurídico, que integra tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos de estos.

El mismo tribunal años después en el fallo conocido como *"Simmenthal II"* completó la idea dictaminando que *"la aplicabilidad directa significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante todo su periodo de validez. Por lo tanto, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o*

de los particulares que son parte en relaciones jurídicas sometidas al derecho comunitario. Este efecto afecta igualmente a todo juez que, conociendo de un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión, como órgano de un Estado miembro, salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario"[15].

2.1.3. Aplicabilidad de las normas por los jueces nacionales

Los tribunales que aplican las normas comunitarias son los mismos tribunales que aplican el derecho interno de cada Estado, es decir que todo juez de un país miembro es al mismo tiempo un juez de la comunidad a la cual este país pertenece.

Sin embargo, existe un Tribunal de Justicia de la Comunidad que es el Tribunal Superior, el cual ejerce un control de constitucionalidad y unifica la jurisprudencia que permite interpretar las normas comunitarias, a través de recursos y acciones.

2.1.4. Supremacía

Las normas comunitarias tienen una jerarquía superior a las normas internas de cada Estado miembro.

Esta característica surge de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no de los tratados de la comunidad, como los anteriores tres.

El fallo *"Costa c/ Enel"*, el Tribunal estableció el principio de supremacía de las normas comunitarias frente al derecho interno con estas palabras: *"Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria (...) tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, por tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado contemplados en el artículo 5 y establecer una discriminación prohibida por el artículo 7. Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no*

[15] T.J.C., *in re "*Simmenthal", sentencia del 9/3/78, A. 106 – 77.

serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores (…). La primacía del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189 (…) esta disposición (…) carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular sus efectos mediante un acto legislativo que prevaleciese sobre los textos comunitarios"[16].

De la misma manera, en el fallo ya citado *"Simmenthal II"* el Tribunal afirmó que *"en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no solo hacer inaplicable de pleno derecho (…) toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con normas comunitarias".*

La supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno debe ser absoluta e incondicional, siendo el derecho comunitario un derecho completamente autónomo al derecho dentro de las fronteras de cada Estado miembro, ya que en caso contrario la comunidad estaría en peligro al existir una inseguridad jurídica, donde cada Estado miembro podría elegir cumplir o alterar cualquier norma comunitaria.

3. Relación del Derechos de la Integración con el Derecho Internacional y el Derecho Interno

El Derecho de la Integración se desprende del Derecho Internacional Público, toma de este último a los tratados como norma fundamental para este nuevo derecho, pero tiene dos diferencias bien marcadas que son la aplicación inmediata y directa no solo a los Estados miembros, sino que también en este caso se agrega a los ciudadanos de cada país miembro, mientras que el Derecho Internacional Público busca una regular las relaciones entre los Estados, buscando la obtención de la paz como principal objetivo y evitar el avance de la violencia. Con el paso del tiempo el Derecho de la Integración se fue separando y diferenciando del Derecho Internacional Público, hasta llegar al lugar que ocupa hoy en día, es decir una zona media entre el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado.

[16] T.J.C., *in re* "Costa c/ Enel", sentencia del 15 de julio de 1964, A.6 – 64.

Otra diferencia entre el Derecho de la Integración y el Derecho Internacional es el objetivo, como bien se manifestó en el párrafo anterior el Derecho Internacional Público tiene como objetivo regular las relaciones entre los Estados, en cambio el Derecho de la Integración tiene como objetivo regular el funcionamiento de los organismos supranacionales que componen el proceso de integración, los cuales son distintos a los organismos internos de cada Estado miembro y de los organismos clásicos internacionales, como por ejemplo la ONU, la OEA, la OTAN, etc.

La relación con el Derecho Interno es bastante particular con la legislación de cada Estado, ya que la aplicación inmediata, la aplicación directa y la cuestión de la supremacía puede confrontar con la ley fundamental de cada país, lo que hace que la relación entre estos derechos sea compleja, teniendo su grado más alto de complejidad en el reparto de competencias.

Se pueden diferenciar tres tipos de relaciones entre el Derecho Interno de un Estado y el Derecho de la Integración, el reenvío, la integración y el recurso.

El reenvío se da cuando el Derecho de Integración reenvía al Derecho Interno de los Estados la ejecución de una norma concreta. El reenvío es una actividad propia del Derecho Internacional Privado y en general esta debe ser aplicada excepcionalmente, ya que la regla es que los órganos de la Comunidad creen las normas que se aplican dentro de la misma.

La integración se lleva a cabo cuando el derecho comunitario a través de sus propias instituciones toma normas o institutos jurídicos de los Estados miembros. Al igual que el reenvío esta actividad es propia del Derecho Internacional Privado y también es la excepción y no la regla.

Por último, tenemos el recurso, actividad que consiste en el envió del derecho comunitario a las legislaciones de cada Estado miembro de la Comunidad, este se da para que se apliquen cláusulas generales de cada país.

3.1. Relación dentro del MERCOSUR

3.1.1. Aplicación Directa

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia argentina, el 7 de julio del año 1992, en el caso *"Ekmekdjian c/ Sofovich"* marco la relación entre los tratados internacionales y el derecho interno argentino. Sin embargo, los tratados internacionales en muchas oportunidades pueden ser violados por el derecho interno del Estado o por alguna omisión que no permita su normal cumplimiento.

El proceso de celebrar un tratado internacional en el derecho argentino y su posterior ratificación internacional, responden a la característica federal y republicano que conforma al Estado argentino, ya que el Poder Ejecutivo crea y firma los tratados, posteriormente el Poder Legislativo puede aprobar o rechazar el mismo mediante una ley federal y en caso de que el Congreso apruebe el tratado, el Poder Ejecutivo debe ratificarlo, promulgando la ley. Sin embargo, a la hora de derogar un tratado internacional, el equilibrio de poderes no se sostiene. En ese caso el Poder Legislativo no podría derogar un tratado internacional por medio de una ley, ya que alteraría la distribución de competencias que otorga nuestra Constitución Nacional, teniendo en cuenta que una ley no podría derogar un acto complejo federal como lo es un tratado.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865 y ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972, entró en vigor el 27 de enero de 1980. Este tratado le otorga una primacía al derecho internacional y a las convenciones sobre el derecho interno, entendiendo a las convenciones como tratados internacionales completamente válidos.

La Nación Argentina al ratificar un tratado que firmó con otro Estado, desde el 27 de enero de 1980, se obliga internacionalmente a que todo el Estado cumpla con lo establecido en el tratado, siendo la aplicación directa una característica fundamental a la hora de tener en cuenta la vigencia de un tratado internacional o no.

Posteriormente en el año 1994 con la última modificación que sufrió nuestra Ley Fundamental, se agregó un artículo sumamente novedoso, el artículo 75 inciso 24, en donde se establece que es facultad del Poder Legislativo *"Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".*

El fallo "*Ekmekdjian c/ Sofovich"* le da el poder a los ciudadanos de hacer valer las normas que emanan del proceso de integración ante los jueces nacionales, los cuales

están obligados a aplicarlas. De esta manera la integración les otorga a los habitantes de los países miembros una tutela directa que conforma un control preventivo eficaz.

3.1.2. Primacía

Nuestra Constitución Nacional, en el artículo 27, declara 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".*

El mencionado artículo se complementa con el artículo 75 inciso 22, el cual les otorga a los tratados una jerarquía superior a las leyes, e incluso una jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

3.1.3. Orden Público

El orden público en los sistemas de integración es fundamental, en este caso se habla de un orden público regional, ya que la norma del derecho de la integración debe prevalecer sobre cualquier otra ley nacional.

"El orden público Mercosureño es distinto del orden público nacional que posee cada Estado. El orden público Mercosureño es integrado por los principios generales del sistema de integración del cono sur"[17].

Los principios que regulan el orden público dentro del MERCOSUR son tomados del derecho europeo, el cual es pionero en este tipo de procesos y ha alcanzado el nivel más desarrollado de integración con la Unión Europea. Estos principios son la igualdad, la cooperación, la solidaridad y la libertad.

En concordancia con lo mencionado *ut supra*, el artículo 1 del Tratado de Asunción establece el principio de libertad, no discriminación y coordinación entre los países miembros del bloque.

[17] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo II, pág. 121.

Al mismo tiempo la jurisprudencia emitida por los laudos de los tribunales arbitrales y el Tribunal Permanente de Revisión, a través de sus opiniones consultivas han sostenido estos principios.

En la opinión consultiva número 1 del año 2007, planteada por un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Asunción, Paraguay, en el caso "*Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante"*, el Tribunal Permanente de Revisión concluyó que es el orden público regional, quien custodia y garantiza la imperatividad de cualquier norma del derecho de la integración y, en consecuencia, el concepto de orden público regional debe prevalecer como regla general por sobre cualquier otro concepto de orden público, dentro del espacio del bloque[18].

Es por lo expuesto en el párrafo anterior que se puede considerar que el orden público nacional es beneficiado e incrementado por el orden público regional, debido a la participación que tiene un Estado miembro dentro del bloque, lo cual genera un crecimiento en el orden regional. Sin embargo, ambos conviven armoniosamente dentro del MERCOSUR, ya que este no cuenta con un sistema supranacional completo, sino que es un proceso intergubernamental de decisiones.

4. Fuentes

Las fuentes del Derecho de la Integración podemos dividirlas en fuentes originarias y fuentes derivadas. Las primeras forman el poder constituyente del proceso de integración que se lleve a cabo, esto suele surgir a través de tratados internacionales que crean el proceso o le realizan una modificación sustancial al mismo, en cambio las fuentes derivadas son creadas por los poderes ya constituidos por organismos de la misma integración.

4.1. Derecho originario

[18] Tribunal Permanente de Revisión, opinión consultiva n° 1/2007, Asunción, 3/4/2007.

"Los tratados de integración son instrumentos internacionales que se rigen por las normas del Derecho Internacional tradicional, en cuanto a los requisitos de sus celebraciones; etapas de negociación, aprobación y ratificación; su clasificación (por el número de partes, la posibilidad de adhesiones posteriores, la celebración en forma completa o simplificada); sus ámbitos de aplicación (material, espacial y personal); duración y modos de terminación; así como por los criterios para su interpretación"[19].

Los Estados celebran tratados internacionales mediante los cuales deciden crear o formar parte de un proceso de integración o para modificar las estructuras creadas previamente en un tratado anterior. Estos tratados son considerados como constituciones de las estructuras comunitarias, ya que ocupa un rol similar a la que posee en un Estado nacional, por esta razón también son conocidos como tratados o acuerdos "marco", debido a que asumen compromisos fundamentales y crean las instituciones.

Es importante aclarar que en esta parte el Derecho Internacional Público tiene un papel preponderante hasta que se consolide la integración, una vez constituida la estructura el Derecho Internacional Público le dejaran su lugar al Derecho de la Integración y las normas que de este se incorporen a través de los órganos comunitarios que tienen potestades legislativas, ejecutivas y judiciales.

Los tratados que conforman el derecho originario del MERCOSUR son el tratado de Asunción firmado el 26 de marzo de 1991, el Protocolo de Brasilia firmado el 17 de diciembre de 1991, Protocolo de Ushuaia firmado el 24 julio de 1998 y el Protocolo de Olivos 18 de febrero de 2002.

El tratado de Asunción y sus modificaciones son quienes rigen el derecho originario y los principios del derecho de la integración dentro del marco del MERCOSUR, teniendo en cuenta siempre los principios del derecho internacional público y la Convención de Viena.

4.2. Derecho derivado

[19] NEGRO Sandra, *Derecho de la Integración,* B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2019, pág. 27.

"El derecho comunitario derivado es el conjunto de las normas emanadas de los órganos de gobierno de la comunidad"[20].

Los órganos que conforman la integración tienen la facultad de crear normativas o realizar actos jurídicos que son lo que le dan origen al derecho derivado, también conocido como derecho secundario.

Estas normas tienen características similares a las que conforman el orden jurídico interno de un Estado, la diferencia es que emanan de órganos comunitarios, de acuerdo con el procedimiento que establecen los tratados que integran el derecho originario, sin embargo, estas contienen un carácter convencional.

Esta fuente está integrada por decisiones, directivas, resoluciones y reglamentos, dependen del proceso de integración que se conforme, ya que dependiendo el ordenamiento jurídico que se desprende del derecho originario se conformarán los límites en cuanto alcance y vigencia sobre estos actos jurídicos.

Dentro del Mercosur el derecho derivado está reguladas por el punto III del artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, donde se señala que "Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

Luego con la firma del Protocolo de Brasilia se agregaron los laudos sobre las soluciones de controversias como fuentes del derecho derivado, ya que a través de este se crea un tribunal competente para solucionar las posibles controversias entre los Estados miembros del MERCOSUR, aunque todavía no exista un caso resuelto por este tribunal.

4.3. Jerarquía de fuentes

Los tratados entre los Estados, que forman parte del MERCOSUR, celebrados con anterioridad al Tratado de Asunción solo continuarán vigentes si son compatibles con este último. De la misma manera los tratados posteriores no podrán tratar competencias originadas en el Tratado de Asunción, ni ir en contra de su naturaleza.

[20] EKMEKDJIAN, Miguel, Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericana, con especial referencia al MERCOSUR, Depalma, 1994, pág. 85.

El problema surge con los tratados que celebran miembros del MERCOSUR con países ajenos al proceso de integración, aquellos que fueron firmados con anterioridad al Tratado de Asunción deben juzgarse de acuerdo con este último, siempre que la materia sobre la que trata el tratado sea competencia del MERCOSUR.

En definitiva, el tratado constitutivo, el cual es un tratado internacional regido por el derecho internacional público, es la fuente más importante de todas, ya que es aquella que constituye, organiza, interpreta y permite la formación de un proceso de integración, en este caso el MERCOSUR y su desarrollo en el tiempo.

5. El Derecho de Integración dentro del sistema normativo argentino

La integración se incorporó al sistema normativo argentino a través de la última reforma constitucional de 1994 y la incorporación del inciso 24 del artículo 75, siendo este mismo un reconocimiento del sistema jurídico interno al derecho de la integración.

En este sentido Bidart Campos analiza de manera conjunta los incisos 22 y 24 del artículo 75, destacando la importancia de estos al conformar los principios de un posible derecho comunitario, resaltando la jerarquía superior que los tratados tienen a las leyes que conforman al derecho interno, la posible delegación de competencias y jurisdicción a organismos supranacionales, pero con el límite o la obligación de una aprobación especial.

De la misma manera que Bidart Campos, la constitucionalista María Angelica Gelli expresa que *"los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos y tribunales con capacidad de decisión y de obligar a los Estados integrantes del acuerdo de integración, y a los habitantes de cada uno de ellos, a crear, en suma, derecho comunitario"*[21].

Otro defensor de la integración en el sistema jurídico argentino es el ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Rodolfo Barra. Barra sin embargo va más allá de los autores expuestos en los párrafos anteriores y cree que el único límite a los procesos de integración es la subsistencia del Estado, siendo válida toda cesión de competencias por parte del Estado argentino siempre que lo permita la Carta Magna. De

[21] GELLI, María Angelica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada,* FEDYE, Buenos Aires, 2003, pág. 600.

esta manera el derecho derivado no puede ser controlado por la legislación interna, el juez local debe aplicar inmediatamente como es el caso de la Unión Europea.

"La norma constitucional – primer párrafo del artículo 75 inciso 24 – le estaría dando al derecho comunitario lo que en la doctrina y jurisprudencia comunitaria europea se denomina aplicación inmediata y directa. Esto es esencial para nuestro país en relación al Mercado Común del Sur. En efecto, si bien el Protocolo de Ouro Preto establece la obligación de cada miembro del MERCOSUR de acatar las normas dictadas por los órganos de conducción de él (artículo 9, 15 y 20) no adopta la aplicabilidad directa e inmediata de tales normas a los habitantes de los cuatro Estados miembros sino mediante la incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos (artículo 38 y 42), posición contraria a la adoptada por la frase final del primer párrafo del inciso 24"[22].

Ahora bien, la mayoría de la doctrina no está de acuerdo con estos tres autores, por ejemplo, según Gregorio Badeni los tratados de integración carecen de jerarquía constitucional, pero las normas que dictan las organizaciones supranacionales si tienen una jerarquía superior a las leyes internas, aunque no tienen una aplicación directa ni inmediata, sino que entran en vigor una vez que el sistema la incorpore al derecho nacional.

En definitiva, el Derecho de la Integración predomina, tiene primacía, sobre el orden legal infraconstitucional, pero está subordinado al orden constitucional.

En conclusión, la entrada del Derecho de la Integración nos abre el camino a una muy interesante discusión doctrinal, donde los doctrinarios se preguntan si la Ley Fundamental Argentina ¿Es una Constitución rígida o flexible?

Constitucionalistas de la talla de Néstor Sagües creen que el artículo 75, inciso 24 estuvo mal redactado, ya que este debía haberle otorgado jerarquía constitucional a este tipo de tratados debido a que la transferencia de competencias nacionales a un ente supraestatal lleva en el acto una reforma indirecta de la misma Carta Magna.

[22] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional,* T IV, Depalma, Buenos Aires, 2001, páginas 651/652.

Julio Barbosa al igual que Sagües cree que los tratados de integración *"en tanto delegan competencias estatales, modifican la Constitución, en especial la segunda parte, por lo que deberían también estar dotados de jerarquía constitucional"*[23].

Pero nuestra Constitución es rígida, es decir que existe una clara distinción entre el poder constituyente y los poderes constitutivos. El poder constituyente puede ser originario o derivado, el primero se refiere a aquel que da origen a una sociedad política, es decir que permite su organización política y jurídica. En cambio, el derivado es aquel que se modifica, ya sea total o parcialmente conforme a los procedimientos que se establecen (artículo 30 Constitución Nacional). El poder constituido es el que ejerce el Estado regularmente por medio de sus poderes, es decir el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, teniendo como límite la ley fundamental.

Resumiendo lo planteado si bien la reforma de 1994 autoriza la delegación de competencias, la Convención Constituyente tenía prohibido modificar la parte dogmática de la Constitución según el artículo 7 de la ley 24.309 "*La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional".* Por lo tanto, las modificaciones que se lleven a cabo, contrarias al artículo 30 serán nulas.

5.1. Derecho de la Integración y Derecho Internacional Privado

"El Derecho Internacional Privado se ocupa, a través de distintos métodos y normas, de un tipo peculiar de relación jurídica de carácter privado, es decir, entablada entre particulares (personas físicas o jurídicas) o entre un particular y el Estado (siempre que este actúe como particular), en tanto contenga elementos extranjeros, o sea, elementos que pertenecen, que se vinculan con más de un ordenamiento jurídico"[24].

En consecuencia, del progreso y desarrollo de los procesos de integración en la región se generó un auge de relaciones jurídicas que también afectaron al Derecho Internacional Privado, el cual debe regular estas nuevas relaciones entre particulares dentro del ámbito del MERCOSUR.

[23] BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público,* Zavalia, Buenos Aires, 2004, pág. 80.
[24] SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado,* La Ley, 2da. Edición, 2019, pág.7.

"La integración requiere para concretarse de una estructura jurídica que incluya entre otras ramas, al Derecho Internacional Privado"[25].

La regionalización y la globalización son procesos que van conjuntamente y se retroalimentan uno al otro. Los Estados se unen con objetivos en común, generalmente de diversos índoles, por la pérdida de preponderancia en el escenario mundial.

La globalización creó la necesidad de que los Estados comiencen a unirse, por eso la relación con la regionalización o integración es muy estrecha, creando una regulación jurídica compleja, internacional y transnacional.

"El derecho internacional privado es una herramienta, un instrumento de insustituible valor para la integración jurídica, que permiten en última instancia el logro de los objetivos de diversa índole que se proponga un proceso de integración regional"[26].

El artículo 1 del Tratado de Asunción, firmado en 1991, señala en sus objetivos el *"compromiso de los Estados Parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".*

Conjuntamente el Estado argentino en los años 90 a través del Ministerio de Justicia de la Nación propició al Poder Ejecutivo de la Nación a la incorporación de una dirección que se encargue del cumplimiento de las normativas del MERCOSUR.

A través del decreto 1570/1991, el Ministerio incorporó a la estructura, la Dirección de Derecho Comunitario, con el objetivo de *"estudiar y elaborar proyectos y modificaciones del ordenamiento normativo, tendiente a la compatibilización o unificación de nuestro derecho, con el de los Estados integrantes del Acuerdo del MERCOSUR, en cuanto a la circulación de personas, bienes, servicios, capitales y tecnología".*

Sin embargo, este fue modificado por un nuevo decreto, el 2358/1993 sustituyó la Dirección del Derecho Comunitario por la Dirección de Derecho de la Integración. El cambio más trascendental fue que amplió el ámbito de actuación y sus competencias, teniendo como principal tarea *"Asistir al secretario de Justicia en el estudio y elaboración de anteproyectos y proyectos normativos para la compatibilización o integración de nuestro derecho con el de los Estados ratificantes del Acuerdo*

[25] DREYZIN de KLOR, Adriana y URIONDO de MARTINOLI, Amalia, *"Implicancia de la integración en el Derecho Internacional Privado",* La Ley, 1994, E 1116.
[26] SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado,* La Ley, 2da. Edición, 2019, pág.24.

MERCOSUR, dentro del marco de todos los acuerdos de integración en los que la Argentina sea parte".

Muchos Protocolos y Acuerdos celebrados en el marco del MERCOSUR han sido sobre cuestiones del Derecho Internacional Privado, por ejemplo, cuestiones de jurisdicción internacional, ley aplicable y cooperación en temas de matrimonio, relaciones de cónyuges, régimen de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial.

Sin embargo, los progresos no fueron los deseados y esto se debe a que el MERCOSUR es un proceso intergubernamental, la primacía, la aplicación y el efecto directos no han sido la regla de la región, como sí lo fue en la Unión Europea, creando una separación clara entre el derecho interno de los países y el derecho internacional o regional.

6. Procesos de integración que conformó Argentina

Los procesos de integración en América Latina no son un fenómeno contemporáneo, sino que es un camino que se inició luego de los procesos revolucionarios dentro del continente. El problema de este intento de unión es que tenían un objetivo exclusivamente político, por ejemplo, el Congreso de Lima en 1847, el Congreso de Santiago de Chile en 1856, el Tratado de Alianza y Confederación de Washington en 1856, el Tratado de la Alianza que firmaron Bolivia, Chile y Perú en 1867, la Primera Conferencia Internacional Americana que se llevó a cabo en Washington en 1889, entre otros.

Pero a diferencia de estos primeros intentos integracionistas que fracasaron, en el siglo XX comenzaron a funcionar, con un cambio significativo en el motivo que los unía. Así fue como en 1960 se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que luego de 20 años, se fraccionó y dio lugar a nuevos procesos, entre los cuales el Estado argentino formó parte de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Sin embargo, el principal motor de la región que incentivo a la integración regional fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ya que

permitía la solución de problemas, principalmente económicos, entre los Estados de la región.

En definitiva, los procesos de integración que surgieron en Latinoamérica fueron consecuencias de los mismos objetivos que crearon motor de los procesos en todo el mundo, es decir objetivos económicos, que posteriormente se ramificaron en otras áreas como objetivos sociales, políticos, etc.

"La integración debe verse como un proceso de cambio social voluntario mediante el cual, a partir de la existencia de problemas, intereses y objetivos comunes, las unidades nacionales se asocian y adoptan estrategias de acción conjunta para mejorar su status, el de sus respectivas comunidades y su inserción en el sistema estratificado internacional" [27].

En este sentido, el aumento del intercambio de bienes y servicios ha causado la necesidad de facilitar el dinamismo y regular las relaciones que se producen a partir de este nuevo fenómeno, por lo cual se hizo imperiosa la existencia de un derecho que mejore el mercado e incentive a la creación de un bloque económico.

El doctor Alejandro Daniel Perotti, un referente en la materia defiende la importancia del derecho de la integración y la necesidad que tienen los Estados de acudir al mismo cuando se presentan conflictos dentro de la región, ya que desconocer la autonomía del derecho de la integración ante el derecho nacional o al derecho internacional sería un pecado original.

6.1. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

El crecimiento del viejo continente gracias a la Comunidad Económica Europea provocó que los países de América Latina se unieran ante el temor de un posible bloqueo del mercado europeo para el ingreso de los productos latinoamericanos, lo que género que Argentina, Brasil y México buscarán una unión regional.

Ante este temor, el 18 de febrero de 1960 se firmó el Tratado de Montevideo y como consecuencia de este surgió la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

[27] LAREDO, Iris Mabel, *Mercosur, Balance y Perspectivas,* Fundación de Cultura Universitaria, Buenos Aires, Argentina, 1996, págs. 180/181.

(ALALC), organismo regional que tuvo vigencia hasta el año 1980, que fue reemplazado por la creación de la Asociación Latinoamericana de Integración.

Los objetivos de estos procesos estaban limitados por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) – desarrollado en el capítulo I –, el artículo XXIV del GATT les permite a los integrantes del acuerdo a celebrar acuerdos que creen zonas de libre comercio o uniones aduaneras, dejando de lado la cláusula de la Nación Más Favorable, en aquellos casos que permitan y garanticen facilidades comerciales a los integrantes, pero que no generen un perjuicio al resto de los países.

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio *"tuvo como propósito el establecimiento de un mercado común en América Latina y expandir los mercados y el libre comercio, por medio de la abolición de protecciones nacionales, la abrogación de aranceles, y la eliminación de restricciones. Estos requisitos se basaban en los tratados de GATT. Pero, debido a la oposición a la integración en el sector privado y los problemas políticos de varias naciones americanas, estas ambiciones nunca se cumplieron"*[28].

En definitiva, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio fue el primer intento real de integración que llevaron a cabo los países de América Latina, de carácter económico que genere un crecimiento constante de los Estados.

Los miembros de este proceso eran Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Estos países se comprometieron a través del Tratado de Montevideo a crear una zona de libre comercio, en un principio el plazo estipulado para lograr el objetivo fue de 12 años, sin embargo, en 1969 se firmó el Protocolo de Caracas el cual prolongaba el plazo a 20 años. El objetivo se cumpliría de manera gradual, donde de a poco los Estados vayan eliminando todas las restricciones, cupos y gravámenes al comercio entre los países miembros.

El resultado de la agrupación en un primer momento fue satisfactorio ya que fortaleció el multilateralismo de los miembros y agilizo las relaciones comerciales entre los mismos. Sin embargo no pudo lograr nunca llegar a conformar una zona de libre comercio, las políticas nacionales y los conflictos que fueron surgiendo con el paso de los años hicieron que todos los avances obtenidos en una primera etapa se vieran derrumbados y socavados por políticas que priorizaban la sustitución de importaciones o

[28] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo II, pág. 22.

el uso de aranceles como instrumentos de política interior, lo cual hizo imposible el cumplimiento de una política económica en común y el cumplimiento de los plazos estipulados.

Como producto de estas decisiones políticas y el incumplimiento de los plazos estipulados en 1980 los países miembros iniciaron una nueva ronda de negociaciones en Montevideo. En esta nueva reunión y con la firma del Tratado de Montevideo de 1980 la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio fue reemplazada por la Asociación Latinoamericana de Integración.

6.2. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

Este proceso fue creado a través del Tratado de Montevideo firmado el 12 de agosto de 1980, tomando como punto de partida la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), es decir "*se trata de una organización internacional que tiene como objetivo la integración económica entre sus miembros"*[29].

La Asociación Latinoamericana de Integración estaba conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La conforman tres órganos: el Consejo de ministros de Relaciones Exteriores, una Conferencia de Evaluación y Convergencias y un Comité de Representantes que lo integran embajadores de cada gobierno miembro del proceso. Además de estos tres órganos contiene un órgano técnico, la Secretaría General.

El objetivo de la ALADI es formar un área de preferencia económica y con el tiempo un mercado común latinoamericano que tenga como principios el pluralismo, la flexibilidad, la convergencia y un trato diferencial. Cabe destacar que la trata diferencial distingue tres tipos diferentes de países, en primer lugar, los países con poco desarrollo económico, en segundo lugar, países con un desarrollo intermedio y en tercer lugar el resto de los países.

La primera medida que tomaron los miembros del proceso fue bajar los precios de los aranceles entre los firmantes, lo cual permitió el fortalecimiento de las relaciones bilaterales o multilaterales entre los países de América Latina, promocionando así un

[29] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo II, pág. 25.

proyecto regional que no solo beneficie a los Estados que formen parte del acuerdo, sino que se expandiera y beneficie a todos los países de la región, logrando así consolidar un desarrollo económico solidario y cooperativo para todos.

De esta manera el artículo 44 del Tratado de Montevideo firmado en 1980 dice: *"Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros".*

El principio de la flexibilidad le otorga unas interesantes herramientas a la Asociación para lograr sus objetivos, preferencia arancelaria regional, acuerdos de alcance regional y los acuerdos de alcance parcial.

La preferencia arancelaria regional busca conformar un bloque arancelario uniforme en toda la región, en el cual sin embargo se permiten algunas excepciones, las cuales se autorizan dependiendo de la situación económica de cada país miembro en los sectores económicos que se integren. La preferencia arancelaria tiene su fundamento en una cláusula de habitación, cláusula realizada de acuerdo con la normativa del artículo XXIV del GATT, la cual ya se encontraba en los viejos tratados que conformaban la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

"La cláusula de habitación reconoció un trato arancelario y no arancelario preferencial en beneficio de los países en desarrollo, estableciendo una base jurídica permanente para la aplicación del sistema Generalizado de Preferencias de los países desarrollados a favor de los países en desarrollo, y permitiendo a estos otorgarse recíprocamente tratamientos preferenciales sin estar obligados a extenderlos automáticamente a las demás partes contratantes del GATT"[30].

Dentro del marco de la ALADI se distinguen dos tipos de acuerdos. En primer lugar, los acuerdos de alcance regional son aquellos celebrados por todos los países miembros y pueden ser sobre un amplio campo de cuestiones, pero por lo general son del campo económico, como puede ser cuestiones agrarias, comerciales, tecnológicas, cooperación científica, etc. En segundo lugar, los acuerdos de alcance parcial a diferencia de los acuerdos de alcance regional son firmados de manera bilateral o por un grupo de

[30] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo II, pág. 26.

países, es decir que no es necesaria la totalidad de los miembros. Por lo general son acuerdos comerciales que buscan producir un auge del comercio entre los firmantes, de cooperación económica, etc. Un ejemplo claro de estos acuerdos es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina de Naciones, el acuerdo entre Chile y Perú, Chile y el MERCOSUR, Bolivia y México, etc.

En tal sentido esta organización generó un gran paragua jurídico para los países miembros y permitió que los integrantes exploten acuerdos bilaterales y multilaterales. Tan importante fue esta protección jurídica que es un antecedente clave para la futura creación del MERCOSUR.

6.3. Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

La relación entre Argentina y Brasil ha tenido muchos vaivenes a lo largo de la historia, en un primer lugar predominaron las relaciones de rivalidad y desencuentros, pero desde fines del siglo XX esto cambió por una relación de cooperación y unión.

El 19 de octubre de 1979 Argentina, Brasil y Paraguay firmaron el Acuerdo Tripartito sobre Corpus e Itaipú para resolver un conflicto que había surgido por unas represas que marcan el inicio de una nueva relación entre el Estado argentino y el Estado brasilero. Al año siguiente la relación fue un paso más allá y firmaron varios acuerdos de cooperación que abrieron el camino dirigido a la cooperación. El acuerdo más importante fue el firmado el 17 de mayo de 1980 sobre cooperación para el desarrollo y la aplicación de usos pacíficos de la energía nuclear, además Brasil apoyo la posición argentina sobre la Guerra de Malvinas en organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA).

La vuelta de la democracia en ambos países con Alfonsín en Argentina (1983) y Sarney en Brasil (1985) aceleraron más la intención de integración entre ambos países. En el mismo año que asumió el presidente democrático José Sarney, los primeros mandatarios firmaron el Acta de Iguazú que creó el Programa de Integración y Cooperación Económica Brasil – Argentina (PICE), a través del cual se lograron varios acuerdos sectoriales. Los objetivos de este programa eran fortalecer la democracia en ambos países y eliminar las posibles hipótesis de conflicto entre ambos, promover la

cooperación y el intercambio en áreas estratégicas como el sector automotor, bienes de capitales y alimentos.

El mismo año firmaron la Declaración Conjunta de Iguazú que trataba de política nuclear y un acta que creaba un programa conjunto sobre integración y cooperación económica que se desarrollaría a través de una política gradual y flexible.

En 1988 firmaron el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, donde se comprometieron a formar un espacio económico integrado dentro del plazo de 10 años, eliminando las barreras tarifarias y las no tarifarias y alcanzando una liberación comercial de manera gradual.

La década del 90 fue más entusiasta de la integración con la llegada de Carlos Menen en Argentina y Fernando Collor de Melo en Brasil. Ambos presidentes firmaron el Acta de Buenos Aires en julio de 1990, mediante el cual redujeron el plazo estipulado en 1988, para lograr un espacio económico integrado, a 5 años y la adhesión de Uruguay y Paraguay al programa de integración, cooperación y desarrollo.

En 1991 representantes de la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y de la República Oriental del Uruguay se juntaron en Asunción y a través del Tratado que lleva el nombre de dicha ciudad se creó el MERCOSUR, ya no se buscaba crear una zona de libre comercio, sino que se comenzó a buscar un mercado común.

El artículo 1 de este tratado señalaba los siguientes objetivos:

"La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente".

"El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y a la coordinación de posiciones en foros económicos – comerciales regionales e internacionales".

"La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados parte: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados parte".

"El compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".

Años más tarde, en diciembre 1994, durante la Cumbre de presidentes que se llevó a cabo en Ouro Preto, los miembros firmaron un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción, conocido como el Protocolo de Ouro Preto. Este Protocolo es de suma trascendencia porque es el que establece la estructura institucional del MERCOSUR y le otorga personalidad jurídica internacional.

6.3.1. Relación entre el MERCOSUR. ALADI y GATT

El 26 de noviembre de 1991 los países miembros del MERCOSUR suscribieron a un acuerdo de alcance parcial sobre cuestiones económicas entre las cuales se encontraba la cláusula de la Nación Más Favorecida y el traspaso de los comprometidos tomados durante la vigencia de la ALADI por el MERCOSUR.

El acuerdo es parcial ya que todos los miembros de la ALADI no forman parte del MERCOSUR, por lo tanto, la cláusula de la Nación Más Favorecida no se extiende a los países que no conforman el nuevo bloque.

Los miembros del nuevo proceso de integración subregional notificaron su creación al GATT mediante la cláusula de habilitación, la cual permite un trato diferencial, más favorable y recíproco a los países en desarrollo. Esta cláusula fue incorporada en la Ronda de Tokio, en 1979 y tiene como objetivo la reducción o eliminación mutua de aranceles y restricciones no arancelarias, aunque no puedan generar dificultades a otros países miembros del GATT.

6.3.2. Relaciones externas del MERCOSUR y negociaciones multilaterales

El Tratado de Asunción sostiene que los Estados miembros del MERCOSUR tienen en cuenta la *"importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países"*, siendo la inserción mundial un objetivo fundamental a partir del cual el Mercado Común del Sur obtendría un gran crecimiento.

Algo semejante ocurre con el Protocolo de Ouro Preto que en su artículo 34 le otorga al bloque *"personalidad jurídica de Derecho Internacional"*, permitiéndole negociar como bloque con otros países ajenos al proceso u otros procesos de integración como la Unión Europea, Comunidad Andina, etc.

El Consejo de Mercado Común a través de la decisión número 22/11, emitida el 19 de diciembre de 2011, creó el Grupo de Relacionamiento Externo del MERCOSUR, siendo este un órgano auxiliar con atribuciones en materia de negociaciones tanto económicas como comerciales del bloque con otros países. Las funciones de este órgano eran asesorar, seguir los acuerdos económicos y comerciales de los cuales el MERCOSUR forma parte, coordinar las comisiones de dichos acuerdos y preparar las presentaciones del MERCOSUR ante terceros.

Los acuerdos que firmó el MERCOSUR desde su creación generalmente son sobre cuestiones comerciales como el fortalecimiento de una zona de libre comercio, bajas arancelarias sobre ciertas mercaderías, etc. Sin embargo, todos los acuerdos no son sobre cuestiones comerciales.

Entre los acuerdos más importantes se pueden señalar el Acuerdo Marco de Cooperación MERCOSUR – Unión Europea firmado en 1995, el Acuerdo entre el Mercosur y la República de Chile en 1996, el Acuerdo Marco para la creación de una Zona de Libre Comercio MERCOSUR – Comunidad Andina de las Naciones en 1998, entre otros.

Actualmente el MERCOSUR se encuentra negociando acuerdos con la Unión Europea, la Alianza del Pacifico, la Asociación Europea de Libre Comercio, Canadá, China, Corea, Japón, Líbano, Marruecos, Túnez, el acuerdo de integración económica de Australia y Nueva Zelanda, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático y la Unión Aduanera Euroasiática, entre otros.

6.3.2.1. Acuerdo entre el Mercado Común del Sur y la Unión Europea

El acuerdo entre estos bloques fue firmado en Madrid el 15 de diciembre de 1995. Los firmantes fueron los 15 jefes de Estado y gobierno del a Unión Europea y los presidentes del Mercosur.

El objetivo principal de este acuerdo fue declarar, abiertamente, la voluntad de las partes de formar una asociación interregional, de características tanto políticas como económicas, que en un futuro permita una relación comercial libre sin impuestos.

"En este acuerdo se dejan sentadas las bases para el diálogo a nivel político, con el objeto de acercar las posiciones de las partes en las distintas instancias multilaterales, para el diálogo a nivel de cooperación, que abarque fundamentalmente el aspecto comercial, en relación al mejoramiento del acceso a los mercados, liberalización comercial, prácticas comerciales, normas de origen, regímenes aduaneros especiales, relaciones comerciales con terceros países, adecuación a las normas del GATT, así como también en el aspecto económico, la inclusión de la cooperación a nivel empresarial y de fomento de las inversiones"[31].

En definitiva, este acuerdo busca aumentar y fomentar las contrataciones, franquicias, licitaciones e inversiones de un bloque a otro. De la misma manera el acuerdo tendría objetivos de carácter no económico como serían la lucha contra el narcotráfico, intercambio cultural, medios de comunicación, cooperación aduanera, fortalecimiento democrático y cuestiones sobre políticas laborales.

Sin embargo, el acuerdo se fue dilatando, lamentablemente con el tiempo, el último encuentro se realizó en el año 2017, mientras que se realizaba en Buenos Aires la undécima Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), pero tampoco se pudo prosperar en las negociaciones por la negativa de algunos miembros del proceso europeo.

6.3.3. Cooperación del MERCOSUR

La cooperación internacional es una actividad importante del MERCOSUR que se da entre los países miembros y terceros países ajenos al bloque. En el año 2014 los Estados miembros, en esta dirección, aprobaron la "Política de Cooperación Internacional del MERCOSUR", a través del Consejo del Mercado Común en su decisión 23/14.

[31] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo I, pág. 626.

Los objetivos eran fortalecer la integración regional, eliminar o disminuir las diferencias entre los países, compartir conocimientos y experiencias, políticas públicas internas y externas, ya sea sobre asuntos regionales o extrarregionales.

Los principios que rigen la cooperación del MERCOSUR son:

- Adecuar las prioridades como bloque, todos juntos.
- Solidaridad en cuanto a las consecuencias de los objetivos para el desarrollo de todos los miembros firmantes.
- No entrometerse en cuestiones internas de cada país que aborden temas de soberanía.
- Igualdad de los países, el MERCOSUR se caracteriza por ser Horizontal a la hora de tomar las decisiones y la palabra de cada miembro tiene el mismo valor.
- La cooperación se desarrollará sin condicionamientos de políticas.
- Toda decisión debe tomarse mediante un consenso, debe haber una negociación, seguida de una planificación y ejecución conjunta.
- Los resultados deben ser repartidos de manera equitativa entre los Estados, esto aplica a las ganancias y a los costos.
- Respeto de la historia, cultura e instituciones de cada miembro del proceso.
- Optimización del uso de los recursos para alcanzar mejores resultados.
- Acceso a la información.

6.3.3.1. Cooperación dentro del MERCOSUR

Dos o más Estados que forman parte de un bloque regional pueden realizar programas de cooperación que tengan como objetivos contribuir al fortalecimiento de las instituciones del MERCOSUR o fortalecer las capacidades técnicas de los miembros que permitan igualar a los Estados eliminando asimetrías.

6.3.3.2. Cooperación fuera del MERCOSUR

El Mercado Común del Sur desde su creación se ha asociado y cooperado con países ajenos al proceso, con procesos de integración, organismos internacionales y

asociaciones regionales, buscando generar programas y proyectos que tengan objetivos afines entre las partes, siempre que se adapten a los Acuerdos Marcos del MERCOSUR.

Los objetivos de estos acuerdos suelen ser desarrollar el fortalecimiento institucional del MERCOSUR y apoyar el surgimiento de nuevos procesos de integración y el desarrollo de estos.

Capítulo V:

Derecho Constitucional

"Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición, y de tránsito les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de estos países llamados a recibir su acrecentamiento de fuera. Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadisimo. No temáis encadenados al orden y a la cultura"[32]

1. Introducción

El derecho constitucional es una rama del derecho relacionada con el racionalismo y al desarrollo del Estado – Nación como tal, la internacionalización de este es una consecuencia que naturalmente se desprende de estos dos conceptos, a través de los procesos de integración y la globalización, que generan grandes cambios en las instituciones nacionales y el constante dinamismo de la disciplina.

La Constitución Nacional tuvo su nacimiento en el año 1853, la cual tuvo modificaciones en 1860 con la incorporación de Buenos Aires, en 1866, 1898, en 1949 se realizó una modificación, la cual fue conocida como la Constitución de 1949, pero solamente tuvo vigencia hasta el año 1956, ya que en el año 1957 se realizó una nueva modificación, la reforma de 1972 y por último la reforma, tal vez más importante que ha sufrido nuestra carta magna, llevada a cabo en el año 1994.

Nuestra Ley fundamental puede ser dividida en dos partes, en primer lugar, se ubica la "parte dogmática" donde se encuentran las declaraciones, los derechos y las garantías y en la segunda mitad del texto se ubica la "parte orgánica" donde se encuentra detallado el funcionamiento del Estado y de sus autoridades.

[32] ALBERDI, Juan Bautista, Bases, Terramar, pág. 86 – 87

Desde sus orígenes nuestra Constitución le otorga un rol preponderante al derecho internacional en sus articulados, el mismo preámbulo de la nación refleja la intención de aquellos constituyentes de 1853 que buscaban la incorporación y le daban la bienvenida a todas las personas del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

De modo idéntico dentro del articulado menciona a los derechos de importación y de exportación, menciona a las aduanas exteriores, regula el comercio exterior con los demás países, la libre circulación de bienes nacionales o importados, la libre navegación de los ríos, la igualdad de derechos que poseen los extranjeros con los ciudadanos argentinos, celebraciones de tratados internacionales, asuntos de frontera, relaciones diplomáticas, prevalencia del derecho internacional sobre el ordenamiento de las provincias, límites de las provincias para contraer obligaciones en el escenario internacional y jurisdicción de los tribunales en cuestiones de derecho internacional y sobre cuestiones que involucren a embajadores extranjeros.

"Cuando se constituyó la Nación en 1853, bien puede decirse que algunos objetivos eran similares a los que hoy nos plantea el Mercosur como unión aduanera: fijar derechos comunes al comercio exterior y eliminar las barreras interiores al tránsito interjurisdiccional de bienes, mercaderías y personas, conformando un solo mercado en el territorio"[33].

En definitiva, la redacción de una constitución supranacional que tenga un alcance regional no es algo alejado, sino que algo que se puede llegar a concretar en un futuro no muy lejano, debido a que la Integración dejo de ser un concepto teórico y paso a ser una realidad, siendo las constituciones de países europeos, que conforman el bloque de la Unión Europea, el ejemplo más claro de esta transformación.

2. Monismo y Dualismo

Dentro de la relación que existe entre el derecho interno y el derecho internacional existen dos posiciones doctrinales que explican el modo en que el derecho internacional se integra en el derecho interno.

[33] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 444.*

Según Bidart Campos *"monismo y dualismo procuran explicar el modo de penetración o incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Por eso decimos que se trata de un problema referido a las fuentes. La cuestión de la jerarquía entre derecho internacional y derecho interno aparece en segundo término"*[34].

Una de las posturas doctrinales es el monismo, sin embargo, no tiene una única interpretación, ya que algunos defienden una primacía del derecho internacional y otros creen en una primacía del derecho interno. Esta posición se caracteriza por la existencia de un único sistema de fuentes, pero el problema surge de la relación jerárquica que tiene un tipo de derecho en el ordenamiento.

La segunda postura, el dualismo, a diferencia del monismo que cree en la unión del derecho internacional y el derecho interno, entiende que el derecho internacional y el derecho interno son ordenamientos completamente distintos, los cuales tienen distintas fuentes y distintos sujetos destinatarios.

2.1. Monismo

Esta postura doctrinaria sostiene que las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno forman en conjunto un sistema jurídico unánime, en donde el derecho del Estado estaría integrado conjuntamente de normas del derecho interno y normas del derecho internacional.

A pesar de creer en un único sistema jurídico la corriente doctrinaria no es unánime, pudiéndose diferenciar dos posturas dentro del monismo entre aquellos que le otorgan una mayor jerarquía al derecho interno sobre el derecho internacional, esta corriente es conocida como monismo con primacía en el derecho interno, cuyo exponente más representante es Wenzel y por otro lado se encuentran quienes le otorgan una mayor jerarquía al derecho internacional sobre el derecho interno, corriente conocida como monismo con primacía en el derecho interno, cuyo máximo exponente es Kelsen.

El grupo que le da una primacía al derecho interno sobre el derecho internacional también es conocido como el monismo constitucionalista, posición que defiende el principio de soberanía absoluta estatal y entiende que el derecho internacional es

[34] BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución reformada,* Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 10.

solamente válido si este es acorde a la normativa interna. Para que una norma del derecho internacional se integre al derecho interno es necesaria una ley de aprobación.

En contraposición a este grupo se encuentran aquellos monistas que sostienen la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, asimismo este último debe amoldarse al derecho internacional. Esta corriente es la que poco a poco va tomando mayores seguidores en el mundo moderno, el derecho internacional cada vez tiene una mayor vocación supranacional y el derecho nacional poco a poco comienza a quedar en un segundo lugar.

En efecto, quienes defienden esta concepción toman a los principios del derecho internacional y sus normas imperativas, *ius Cogens*, como normas superiores las cuales deben ser respetadas por todos los Estados, obteniendo su fundamento en el artículo 53 de la Convención de Viena, el cual expresa que:

"Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter".

Para este sector la normativa internacional se incorpora de pleno derecho al derecho interno.

2.1.1. Afirmación del Monismo

Actualmente el derecho moderno está encaminado, cada vez más, a relacionarse con teorías influenciadas con la globalización y con la internacionalización de la materia. Como consecuencia de esta influencia la corriente monista que le otorga una mayor preponderancia al derecho internacional sobre el derecho interno ha tomado mayor protagonismo.

Por ejemplo, el reconocido jurista, Bidart Campos defiende esta posición al entender que los tratados internacionales prevalecen por encima de las leyes como consecuencia del principio internacional *pacta sunt servanda* y lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Sin embargo, la teoría de Bidart Campos no es una teoría moderna, el intelectual francés Jean Bodin en el siglo XVI escribió una obra titulada "Los seis libros de la República" donde destaca el compromiso que asumen los Estados a la hora de firmar un tratado internacional, siendo estos últimos la expresión de la voluntad que el monarca realizaba en su ejercicio de la soberanía. De esta manera los compromisos internacionales que un Estado tomará deberían ser considerados una ley con una jerarquía superior a la normativa interna.

Nuestra Constitución con anterioridad a la reforma de 1994 tenía una postura en la cual ponían en un grado de igualdad jerárquica a las leyes y los tratados internacionales, una postura que actualmente es mantenida por países como Estados Unidos, México, entre otros.

Sin embargo, luego de la reforma de 1994, se les concedió una jerarquía a los tratados sobre las leyes internas, poniendo en pie de igualdad a los tratados de Derechos Humanos y concordatos con la Santa Sede (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) con la misma carta magna y a los tratados de integración en conjunto con el resto de los tratados por encima de la normativa interna. Otros ejemplos que consideran esta visión en sus leyes fundamentales son la constitución de Alemania, Italia, Francia, Portugal, España y Grecia.

El Dr. Carlos Fayt en su voto en el caso "Arancibia Clavel" del 24/08/2004 expresó *"la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (...) es el Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional – cualquiera sea su categoría – guarda conformidad con los principios del derecho público establecidos en la Constitución (artículo 27) de lo contrario, el derecho internacional prevalecería sobre el derecho interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema (...), a lo que resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino"*[35].

2.2. Dualismo

[35] Fallo 327:3312

Esta teoría defiende la existencia de dos sistemas jurídicos que se encuentran completamente separados e independientes uno del otro, estableciendo cada uno las reglas claras para los distintos tipos de relaciones que lleva adelante un Estado, distintos sujetos que forman parte de cada uno, distintas fuentes, distinto poder de coacción y diferente ámbito de territorial de aplicación.

En primer lugar, en cuanto a las relaciones, el derecho internacional se encargaría de las relaciones que el Estado tiene con otro Estado y por su parte el derecho interno le pondrá un marco jurídico a las relaciones que el Estado tiene con los individuos.

En segundo lugar, la fuente del derecho interno es la ley, siendo esta la principal fuente al ser el producto de la voluntad unilateral del legislador, en contraposición el derecho internacional no cuenta con un legislador internacional que sea capaz de crear normas jurídicas de manera unilateral, es decir que no existe una ley que regule a los Estados.

En tercer lugar, el sujeto del derecho internacional es el Estado y por el otro lado, el sujeto del derecho interno son los gobernantes y los gobernados.

En cuarto lugar, el derecho internacional no cuenta con un poder coactivo, a diferencia del derecho interno que sí cuenta con órganos ejecutivos que tienen la facultad de hacer cumplir las normas.

En último lugar, en cuanto a la aplicación territorial de la norma, la norma interna cuenta con una aplicación limitada al territorio que conforma el Estado, sin embargo, la norma internacional no tiene un límite territorial ya que es creada para regular las relaciones que se dan en el orden internacional.

En definitiva, para que una norma del derecho internacional se integre al derecho interno es necesario que esta se transforme en una norma local, es decir que se apruebe una ley y reglamente la misma por el poder legislativo.

2.3. Posición de la Constitución Nacional

Nuestra Constitución toma una postura en cuanto a la discusión entre monismo y dualismo en varios articulados de esta.

Así mismo el artículo 31 de la Constitución marca que el derecho positivo del país a la Constitución nacional, a las leyes que el congreso sancione y a los tratados internacionales. Daniel Sabsay remarca las dos cuestiones que este artículo presenta. En primer lugar, destaca el principio de supremacía de la Constitución, enunciando la necesidad que tienen todas las normas y los actos de estar subordinadas a la ley fundamental del Estado.

"En virtud del principio de supremacía, la complejidad de normas y actos que se dicte o ejecuten en el desarrollo de nuestra vida institucional deben adecuarse a las disposiciones constitucionales. En caso de inexistencia de tal compatibilidad, la norma o acto es susceptible de ser declarado inconstitucional y, por tanto, ineficaz" [36].

La segunda cuestión que Sabsay remarca es la relación jerárquica entre la Constitución, las leyes y los tratados. Sobre este punto expresa que el fenómeno de la internacionalización del derecho y la ratificación que el Estado argentino de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dejó imposibilitada la utilización de una ley interior para incumplir con las obligaciones tomadas por el país en los tratados firmados. En sintonía con esta explicación Bidart Campos sostiene que el tratado debe tener una jerarquía superior a las leyes, sin importar que la ley sea anterior o superior, ya que el compromiso asumido hace que esta sea inferior a norma internacional.

En definitiva, al diferenciar tratados y leyes este artículo permite la incorporación de los tratados sin que los mismos pierdan su naturaleza y sin la necesidad de una ley que los incorpore, ya que una ley los convertiría en una ley más del congreso.

3. Relación entre la Constitución Nacional y Derecho Internacional

El término "Constitución" viene acompañado de la idea de "supremacía", ya que esta idea es una característica que tiene toda carta magna, siendo la razón por la cual todo acto de los gobernados y los gobernantes estén sujetos a la ley fundamental.

"La Constitución de la Argentina no escapa a esa esencia, y por lo tanto goza de la supremacía típica de toda Ley Fundamental. Ahora bien, ¿hay alguna norma constitucional que consagre o establezca expresamente que la Constitución Nacional es

[36] SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José Miguel, *La Constitución de los Argentinos,* Errepar, 2009, pág. 114.

suprema? Pues si bien la Ley Fundamental de nuestro país no se autoproclama suprema, deja entrever esa supremacía a través de los Arts. 27, 28, 31 y 5"[37].

Desde una mirada normativa la Constitución, como se expresó *ut supra*, adhiere al principio de supremacía constitucional, debido a que todas las disposiciones jurídicas que formen parte del sistema normativo, ya sea que su origen sea internacional o interno, deben adecuarse a la ley fundamental, en caso de que no suceda se impedirá su aplicación por el control de constitucionalidad que ejerce el Estado, especialmente el Poder Judicial.

La interpretación de los artículos de la Constitución pone en primer lugar a la carta magna y esto se puede comprobar a través del preámbulo y los artículos 5, 22, 23,27, 28, 30, 31, 33, 36, 43, 67, 75 inciso 22 y 24, 93, 112, 123 y 128, dejando bien en claro que ninguna norma podrá ser aplicada si va en contra de la ley fundamental. Esta idea no es moderna, sino que es fundamental y uno de los pilares del Estado argentino ya que data de la ley 27 sancionada el 13/10/1862 y promulgada el 16/10/1862, en donde en su artículo 3 mencionaba que uno de los objetivos del Poder Judicial "es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella".

3.1. Bloque de Constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad no es un tema muy trabajado por la doctrina constitucional argentina, pero sí por el derecho comparado. Se entiende como bloque de constitucionalidad a *"un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc."*[38].

El destacado jurista Bidart Campos fue un gran defensor de la tesis monista, sosteniendo que los tratados internacionales debían prevalecer sobre las leyes internas dictadas por el Poder Legislativo. Cabe destacar que su postura fue la más influyente en la última reforma de 1994, reafirmando lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en

[37] LONIGRO, Félix, *Derecho Constitucional*, Cathedra Jurídica, tercera edición, 2016, pág. 157.
[38] BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución reformada,* Ediar, Buenos Aires, 2006, T.I, pág. 5.

el caso “Ekmekdjian” y que cambiaba la postura tomada en los años 60 en el caso “Martin y Cía. Ltda. S.A.”.

La última reforma que sufrió nuestra carta magna termina de consolidar la posición monista con la redacción del artículo 75 inciso 22. Dicho artículo se refiere a la aprobación realizada por el Congreso sobre los tratados de derechos humanos, a los cuales se les otorga jerarquía constitucional, es decir superioridad ante las leyes.

Sin embargo, este artículo ha generado grandes debates sobre su interpretación de este, en donde parte de la doctrina le otorga mayor jerarquía a los tratados sobre la constitución, como fue el caso donde la jurisprudencia en los casos “Mazzeo” y “Simón” le otorgaron una mayor jerarquía a la costumbre internacional por encima del artículo 18 de la constitución, cabe aclarar que el Doctor Carlos Fayt y la doctora Carmen Argibay critican duramente esta postura.

Así fue como como consecuencia de este debate la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a aplicar el término “bloque de constitucionalidad” a partir del cual, utilizando la pirámide de Kelsen, habría que poner en el vértice a la Constitución en conjunto con los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

En efecto, el mismo Bidart Campos sostuvo que el bloque de constitucionalidad es una norma abierta, la cual es acorde al principio *pro homine* y al principio de buena fe de los tratados, y como consecuencia de esto debía incorporarse a estos dos principios al bloque de constitucionalidad, incluyendo de este modo a los tratados que el Estado no firme ni ratifique. El argumento jurídico del pensamiento de Bidart Campos era el artículo 33 de la ley fundamental, el cual habla de los derechos no enumerados y algunos entienden como “derechos implícitos”.

Los derechos implícitos son *“aquellos que, si bien no están literalmente consagrados en el texto constitucional, surgen de los fundamentos de nuestro orden constitucional (soberanía popular y forma republicana de gobierno) o se derivan de la consagración de otros derechos.*

Con el otorgamiento de jerarquía constitucional a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales mencionados en el inciso 22 del artículo 75, estimamos que la trascendencia de esta disposición ha disminuido, ya que el catálogo de derechos expresos es amplio.

Advertimos que, por la modificación indicada en el párrafo precedente, hoy debemos entender que también son derechos implícitos aquellos que no están expresamente incluidos en dichos instrumentos internacionales, pero que se derivan en su consagración y efectivo ejercicio"[39].

3.2. Análisis de los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 y 24 de la Constitución Nacional

3.2.1. Artículo 27 de la Constitución Nacional

La parte dogmática y la parte orgánica de nuestra ley fundamental presentan una ambigüedad entre sus articulados. Esta diferente interpretación es producto de la última reforma que nuestra Constitución sufrió en el año 1994, la cual fue consecuencia de la ley 24.309, en donde su artículo 7 prohíbe expresamente la modificación de los primero 35 artículos que forman parte del bloque dogmático de la Constitución encontrándose incluidos el artículo 27 y el 31 que se contradicen con la segunda parte, la orgánica, en los incisos 22 y 24 del artículo 75.

El artículo 27 de la Constitución nacional les pone un límite a los tratados internacionales que el Estado firme, este artículo obliga al Gobierno federal a que los tratados a los que adhiera y la naturaleza convencional, deben estar en concordancia con los principios del derecho redactados en la ley fundamental, en otras palabras, los tratados deben ajustarse a la supremacía Constitucional al igual que las leyes y los demás actos del derecho interno del Estado.

"Esta importancia y la función del artículo 27 en el orden interno fueron claramente advertidas en el debate de la Convención del Estado de Buenos Aires reunidas en 1860 con el fin de examinar la Constitución Nacional de 1853, según lo acordado en el Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859. En la sesión del 30 de abril, al discutirse la enmienda al artículo 15, por la que se adicionaba a esa norma una parte final (y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República), se suscitó un dialogo entre los convencionales acerca de la situación de los tratados contrarios a la Constitución, a propósito del que la Confederación había celebrado con el Brasil otorgándole al Imperio

[39] SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José Miguel, *La Constitución de los Argentinos,* Errepar, 2009, pág. 126.

la extradición de los esclavos fugados. Según Vélez Sarsfield, ese tratado ante la Corte seria nulo, afirmación que contemplaba con esta sentencia: "El tratado es una ley particular que no puede destruir la Constitución. Por consiguiente, diciendo la Constitución, no hay esclavos, ninguna ley puede decir hay esclavos en un caso dado""[40].

En contraposición a Vélez Sarsfield se encontraba Mitre, en cuyo pensamiento colocaba a los tratados al mismo nivel jerárquico que la Constitución Nacional, señalando que ninguna Constitución puede decir que un tratado es una ley constitutiva, ya que este es ley suprema sobre las leyes que dicten las provincias.

El padre de nuestra Constitución Juan Bautista Alberdi fue la inspiración de la redacción de este artículo, debido a que, en su anteproyecto, en el artículo 35, mencionó a los tratados que tengan como cimientos el otorgamiento de garantías constitucionales a los extranjeros, permitiendo el desarrollo y progreso del comercio y de la inmigración en el país asentando el *"protectorado de la civilización del mundo"*[41].

Si bien el artículo nunca fue modificado en ninguna reforma, su alcance se vio alterado por la incorporación del artículo 75 inciso 22 y 24, que les otorgan una mayor relevancia y jerarquía a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a los tratados de la integración.

3.2.1.1. Relación del Artículo 27 de la Constitución Nacional y el Artículo 27 de la Convención de Viena

Como se dijo en el punto anterior el artículo 27 de nuestra ley fundamental limita a los tratados, señalando que estos deben estar en sintonía con los principios del derecho público establecidos por el texto.

No obstante la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que se firmó en Viena el 23 de mayo de 1969, sancionada y promulgada por el Estado argentino el 3 de octubre de 1972 bajo la ley 19.865 y publicada en el Boletín Oficial el día 11 de enero de 1973, señala que los tratados internacionales deben ser interpretados con buena

[40] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 36.*

[41] Montes de Oca, Manuel, *Lecciones de Derecho Constitucional,* La Buenos Aires, 1910, Buenos Aires, T. I, pág. 460

fe, teniendo como principio la reciprocidad y la igualdad entre las partes, por lo cual no corresponde otorgarles una interpretación extensiva sino limitarse a lo que el texto dice.

Dentro de este marco, de interpretación limitada, ningún Estado que firmase un tratado podría imponer una normativa interna para no cumplir con las obligaciones asumidas que son consecuencias del tratado internacional. En definitiva, este artículo 27 y su sobreinterpretación han existido posturas dentro de la doctrina que le otorgan una jerarquía superior al derecho internacional sobre el derecho interno.

A modo de conclusión la Convención de Viena de Derecho de los Tratados tienen jerarquía superior a las leyes, pero no tiene una jerarquía constitucional y sus normas convencionales deben ser continuadoras de los principios enumerados por la carta magna, ya que el fundamento del artículo 27 de la constitución está en el origen del ejercicio del poder constituyente soberano y como consecuencia de dicho poder la firma y la ratificación de un tratado internacional es el resultado de una decisión política de los poderes constituidos.

3.2.2. Artículo 31 de la Constitución Nacional

El artículo 31 fue incorporado en la reforma de 1860, modificando el artículo 31 de la Constitución de 1853, exceptuando a la provincia de Buenos Aires de los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1853, conocido como el Pacto de San José de Flores.

La Doctora María Angelica Gelli sostiene que el artículo 31 de la Constitución Nacional *"contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho"*[42].

La razón de que este artículo forme parte del problema entre las partes de la Constitución es la interpretación textual que se le da al mismo. El mismo no distingue, ni establece una relación entre los tratados y las leyes, y como consecuencia de esto se consideró que debería ser aplicable la regla según la cual una norma posterior deja sin efecto a una norma anterior, siendo posible en este caso dejar sin efecto a las obligaciones

[42] GELLI, María Angelica, *Constitución nacional comentada,* La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 364.

contraídas por el Estado en un tratado por una ley. Cabe destacar que hasta el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" esta fue la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, influenciada por la jurisprudencia producida en Estados Unidos.

3.2.3. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

El artículo 75 se refiere a las atribuciones que la carta magna le otorga al Congreso de la Nación, en donde su punto 22 menciona la facultad que tiene el Poder Legislativo a la hora de aprobar o rechazar tratados con los demás Estados, con organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Igualmente, lo novedoso del inciso es su parte final en donde dice que "los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

Como consecuencia de lo expuesto se lleva a cabo una intromisión de la parte orgánica de la ley fundamental en la parte dogmática, generando una ambigüedad ante el impedimento que la ley 24.309 a una posible modificación de los primeros artículos.

No obstante, el nuevo artículo 75 inciso 22 se transformó en la norma más importante de la Constitución argentina, ya que en primer lugar les otorga jerarquía constitucional a ocho tratados, dos declaraciones y un protocolo facultativo. Sin embargo, esta jerarquía solo es otorgada en caso de que no derogue ningún artículo de la parte dogmática, siempre y cuando los tratados sean complementarios al texto constitucional y cuándo cuya interpretación se realice bajo la órbita internacional, es decir en las condiciones de su vigencia.

En segundo lugar, el artículo no es taxativo, sino que permite que se le agreguen nuevos tratados, tal es el caso de la "Convención sobre Desaparición Forzada de Personas" agregado en el año 1997 y la "Convención sobre la Imprescriptibilidad sobre crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad".

En tercer lugar, todos los documentos que integran este artículo deben tratar sobre Derechos Humanos, algunos tienen alcance regional como el caso del Pacto de San José de Costa Rica y otro alcance universal como es el caso de los Pactos de Naciones Unidas del año 1966.

En definitiva, el artículo 75 permitió que se solucione la discusión doctrinal y jurisprudencial, sobre el lugar que ocupan los tratados internacionales en el sistema jurídico argentino, colocándolos en el vértice de la pirámide jerárquica del sistema del país junto a la ley fundamental.

3.2.3.1. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

La incorporación sobre los tratados de derechos humanos fue uno de los debates más ricos que surgió en la Convención Nacional reformadora de 1994.

Señala Jorge Vanossi que *"al hecho del pasado reciente con sus recuerdos de estado de sitio con suspensión de garantías, detenciones ilegales y desapariciones forzadas de personas, donde era lógico esperar que el constituyente argentino ratificara el compromiso democrático dando una clara señal, se suma el contexto ideológico que ubica a los derechos humanos como una nueva ética dentro del derecho occidental. Los derechos humanos así entendidos tienen en nuestro tiempo el valor de un nuevo iusnaturalismo, de manera que un autor alemán, el profesor Kruger, ha llegado a señalar que en nuestro tiempo en esa ley (positiva) la que legitima a los derechos frente a la sociedad, sino que es el respeto a los derechos humanos lo que da legitimidad y sentido a la ley"*[43].

El sistema que adopta el inciso 22 del artículo 75 en primer lugar diferenciar tratados de derechos humanos a los cuales le otorga jerarquía constitucional y los demás tratados, y en segundo lugar permitir la incorporación de nuevos tratados, a los ya mencionados en la Constitución, con una mayoría de 2/3 de la totalidad de los miembros de las Cámaras, otorgándoles jerarquía constitucional.

El Doctor German Bidart Campos se manifestó a favor de esta redacción abierta del artículo, permitiéndole el ingreso a los nuevos tratados que no sean nombrados taxativamente en el articulado. De hecho Bidart Campos en la Convención Reformadora en su dictamen al presidente del bloque de la Unión Cívica Radical, el Doctor Raúl Alfonsín, manifestó su posición a favor de una formula inclusive mas abierta, en donde solo se mencione a los tratados internacionales sobre derecho humanos y no se presente

[43] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 262.*

una lista, ya que esto presentaría una confusión sobre que pasaría con los tratados sobre derechos humanos que no estén enumerados en el texto constitucional.

Se puede señalar que este nuevo inciso 22 del articulo 75 habilita al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que le otorgue jerarquía constitucional a nuevos tratados internacionales sobre derechos humanos que el Estado argentino firmase, lo cual, para algunos autores, genero una cierta flexibilización de la rigidez que caracteriza a nuestra Constitución Nacional, sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su doctrina, le otorgo jerarquía constitucional a los nuevos tratados sobre derechos humanos, siempre y cuando sean compatibles con la Constitución. El error de los que entienden que la carta magna se ha vuelto flexible se debe a que la rigidez constitucional la otorga el procedimiento y no el órgano que la reforma.

En efecto el segundo párrafo del inciso 22 de articulo 75 posibilita que el Congreso de la Nación apruebe, en el futuro, nuevos tratados sobre derechos humanos, para esto es necesario que la aprobación se haga con una mayoría absoluta ordinaria sobre los miembros presentes, la etapa aprobatoria, y para que otorgue jerarquía constitucional es necesario que se cuente con los votos positivos de dos terceras partes del total de los miembros de cada cámara, etapa constitucionalizadora.

Este mecanismo ya fue puesto en marcha luego de la reforma de 1994, con la incorporación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 9 de julio de 1994 y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Delitos de Crimen de Guerra y de Lesa Humanidad aprobado en 1995 por la ley 24.584 y otorgándole jerarquía constitucional en 2003 por la ley 25.778.

A partir de esta nueva modificación el vértice de la pirámide se ensanchó, y ahora no solo se encuentra la Constitución en la misma, sino que se le incorporó a la misma los tratados internacionales sobre derechos humanos. Bidart Campos, de acuerdo con esta transformación, entiende que el principio de supremacía que impone el artículo 31 de la carta magna se amplía, conformándose un "bloque de constitucionalidad federal" compuesto por la ley fundamental y por el sistema internacional de derechos humanos con base en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas[44].

De acuerdo con Bidart Campos, los Doctores Néstor Sagües y Miguel Ángel Ekmekdjian creen en la apertura del principio de supremacía. Ekmekdjian incluso

[44] BIDART CAMPOS, German, *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos,* Ediar, Buenos Aires, 1994.

sostiene que el artículo 75 inciso 22 no afecta únicamente al artículo 31 sino que también afecta al artículo 30, ya que el sistema rígido de reforma constitucional se convierte en un sistema flexible ante la posible incorporación de tratados internacionales.

Sin embargo, la parte mayoritaria de la doctrina impone un límite a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto la Doctora María Castorina de Tarquini ha mencionado cuatro límites.

En primer lugar, los tratados tienen jerarquía constitucional siempre y cuando estén vigentes, es decir en cuanto hayan sido aprobados o ratificados por el Estado argentino.

En segundo lugar, tendrán dicha jerarquía cuando sean opuestos a ningún artículo de la parte dogmática, en caso de serlos estos serán nulos, ya que no derogan ningún artículo de la primera parte. Sin embargo, cabe aclarar, que la parte orgánica si pudiera verse alterada mediante esta vía.

En tercer lugar, deben ser entendidos como un complemento de los derechos y garantías que menciona nuestra Constitución, sirviendo únicamente para potenciarlos y perfeccionarlos.

En cuarto lugar, el Poder Ejecutivo está autorizado a denunciar estos tratados con la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso, es decir que de la misma forma que se agregan tratados se los puede quitar.

3.1.3.2. Concordatos con la Santa Sede

La relación entre Argentina y la Iglesia Católica ha sido muy estrecha desde el surgimiento del surgimiento del Estado argentino y mucho antes también, siendo el Concordato la norma a través de la cual se debe regular la relación entre el Estado y la Iglesia. Sin embargo, es una relación que presenta varias particularidades como por ejemplo la cesión de ciertas atribuciones, que le corresponden al Estado argentino en manos de la Santa Sede, lo que ha sido duramente criticado por quienes son partidarios de una separación absoluta entre la Iglesia y el Estado.

"El Concordato no es un convenio más, sino que es una norma especial y específicamente contemplada en la Constitución Nacional. De modo que su rango y su

posibilidad constitucional tienen base positiva y vigente, con características que singularizan su situación"[45].

La Constitución nacional menciona a los Concordatos en dos artículos de esta. En primer lugar, los cita en el artículo 75 inciso 22, otorgándole la facultad al Congreso para aprobar o rechazar los tratados con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica. En segundo lugar, hace referencia a los mismos en el artículo 99 inciso 11, incluyéndolos entre los actos internacionales que presidente concluye y firma.

Lo interesante de los Concordatos es que, a pesar de ser una Constitución rígida, la ley fundamental admite que por esta vía se modifique el régimen del Patrono de manera unilateral y transitoria, por un régimen común, producto del acuerdo entre ambas partes. Como explica el Doctor Vanossi *"si la previsión del Concordato tiene algún sentido constitucional, radica precisamente en conferir a la Ley Suprema una nota de flexibilidad en cuanto al régimen de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Esa flexibilidad no es otra que la posibilidad de sustituir el régimen patronal de los ex incs. 8 y 9 del art. 86, sin necesidad de emplear las formas de una enmienda sino valiéndose de la celebración de un acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Argentino".*[46]

3.2.4. Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional

El nuevo artículo 75 inciso 24 significa un hecho auspicioso para conformar en un futuro un proceso de integración jurídica, ya que le otorga al Estado argentino una herramienta para formar parte de procesos similares a lo que es hoy en día la Unión Europea, pero lo novedoso es que no solo lo permite con países de la región, sino que también con otros Estados.

"Esta cláusula era imprescindible, si se quería encarar con realismo un fenómeno universal aperturista, favorable a las integraciones supraestatales y al derecho comunitario que es propio de ellas"[47].

---

[45] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 310*

[46] VANOSSI JORGE, DALLA VIA ALBERTO, *Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos,* Albedoperrot, *tercera edición, pág. 314*

[47] BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución reformada,* Ediar, Buenos Aires, 2006, T.II, pág. 419.

Cuando se firmó el Tratado de Asunción, Argentina era el único miembro que no mencionaba a los tratados de integración en su ley fundamental, sin embargo, argentina ya había firmado tratados y conformados procesos de integración como la ALALC, la ALADI y el mencionado MERCOSUR, antes de llevar a cabo la reforma.

Los tratados de integración no son solamente económicos, el objetivo de estos son profundizar lazos económicos, jurídicos, sociales, culturales, etc., la economía en este tipo de tratados no es el único fin de estos.

El artículo se refiere a estos tratados como aquellos que deleguen atribuciones que le son propias al Estado nacional a organismos regionales o internacionales. La delegación de facultades es algo fundamental para el funcionamiento de los procesos de integración, donde todos los Estados le ceden a un organismo supranacional, es decir que está por encima de los Estados que forman parte del proceso, facultades para su correcto funcionamiento o se pueden originar a partir del tratado constitutivo.

La constitución permite la delegación de "competencias" y "jurisdicción". Como competencia se entienden aquellos atributos que son propios del poder político, es decir que son llevados a cabo por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo. Por otra parte, la delegación de jurisdicción se refiere a las atribuciones que el Poder Judicial le trasmite o le cede a un Poder Judicial supranacional, la reforma de 1994 se adelanta justamente a una posible creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur en un futuro, que reemplazaría al sistema arbitral de solución de controversias actual que tiene el Mercosur.

En definitiva, la constitución argentina es una de las más avanzadas en cuanto a una posible integración, especialmente en el tema judicial, en conjunto con la constitución del Paraguay.

4. Federalismo e integración

Juan Bautista Alberdi en una de sus discusiones con Sarmiento, le expresó a este último que el punto de partida es el Estado Federal, pero que el punto de llegada es la Unidad de los Estados, y esto se vería concretado cuando en Argentina no haya espacio para las provincias, sino que su lugar sería ocupado por las Naciones.

Para aclarar los dichos de Alberdi, se puede decir que hoy el modelo es Estado Federal y a partir de este llegaremos a un Estado supranacional, integrado con los demás países de la región y el artículo 75 inciso 24 justamente permite la formación de estos bloques.

"El Estado Nación ha empezado a desmembrarse. El concepto de Estado soberano, y todo lo que ello implica, empieza a cambiar"[48].

Como dice Roberto Pedro Lopresti *"el integracionismo es una verdadera mutación de las nuevas comunidades humanitarias"*[49].

De esta manera los procesos de integración en los países federales suman un problema más a los problemas que tiene el derecho constitucional contemporáneo con el tema. Uno de los problemas más importantes es que el tratado de integración tiene jerarquía normativa sobre el derecho de cada una de las provincias, como consecuencia de esto en caso de que el Estado nacional ceda alguna de sus competencias, las provincias lo harán en forma directa.

El Doctor Bidart Campos aborda este punto sosteniendo que *"el fenómeno de las integraciones comunitarias en organizaciones supraestatales por parte de Estados federales acumula un nuevo problema a los que ya, de por sí, se plantean al derecho constitucional contemporáneo. La estructura federal afronta desafíos (...), el tratado de integración, como todo tratado internacional, tiene primacía sobre todo el derecho provincial. De ahí en más queda afectado el reparto interno de competencias entre el Estado federal y las provincias en virtud del ingreso directo y automático del derecho comunitario emanado de los órganos supranacionales"*[50].

De lo dicho en el párrafo anterior se extraen dos problemas, en primer lugar, la posibilidad de transferencia de competencias de los Estados provinciales a entidades comunitarias y la participación de las provincias en los procesos de integración.

La constitución no es clara en el primer problema que surge de lo expuesto por Bidart Campos, la ley fundamental no prohíbe ni autoriza que los Estados provinciales pierdan poderes ante un organismo internacional, por eso mismo es sumamente necesaria

[48] MARANIELLO Patricio y COHN Silvia, *Tratado de Derecho de Integración,* Cathedra Jurídica, 2014, Tomo I, pág. 100.
[49] LOPRESTI, Roberto Pedro, *Constituciones del Mercosur,* cap. 1, p.4.
[50] BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución Reformada,* t. II, 1998, pág. 422/423

la participación de todas las provincias en los procesos de integración, ya que mediante esta participación se afianzará y potenciará el sistema federal.

El artículo 124 de la Constitución habilita a las provincias a celebrar convenios internacionales, siempre y cuando estos no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal.

Así mismo podemos acentuar la intención, de la última reforma, a fomentar la integración, brindándole a las provincias gestiones internacionales.

4.1. Artículo 124 de la Constitución Nacional y Constituciones provinciales

El artículo puede ser dividido en dos partes, en el primer bloque se refiere a posibilidad que tienen las provincias de celebrar convenios internacionales para crear regiones con el fin de obtener un desarrollo económico y social y en la segunda parte se delinean los límites que tienen las provincias a la hora de celebrar estos convenios.

Los límites establecidos por el artículo son que no sean incompatibles con la política exterior del Estado nacional, que no afecte al Gobierno Federal, que no afecte al crédito público de la Nación y que se lleven a cabo con conocimiento del Congreso nacional.

En la actualidad la mayoría de las provincias han incluido en sus constituciones atributos y competencias sobre materia internacional, siempre teniendo en cuenta las limitaciones que la fundamental de la nación establece en su texto.

El artículo 129 de la carta magna regula “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

Así mismo el artículo 14 de la ley 24.588, sancionada el 8 de noviembre de 1995 y promulgada el 27 de noviembre de 1995, establece que “la ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda a las autoridades del Gobierno de la Nación”.

La Constitución de Salta y de San Luis en su preámbulo hablan del “…afianzamiento del federalismo, la integración regional y latinoamericana...”. también

esta última en su artículo 79 dice que “el Estado fija la política de ciencia y técnica que asegure el desarrollo socio económico de la Provincia con participación de los sectores de la producción, de la ciencia y la tecnología y la coordinación del accionar de los distintos centros de investigación y desarrollo provincial con los regionales, nacionales e internacionales, posibilitando la transferencia de los resultados a los distintos ámbitos de la comunidad”.

De la misma manera la Constitución de San Juan al hablar de los derechos implícitos regula La enumeración de libertades, derechos y garantías establecidos en esta constitución, no deben entenderse como la negación de otros derechos, libertades y garantías no enumeradas, siempre que fluyan del espíritu de ésta, de la Constitución Nacional y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

En igual forma la Constitución de Rio Negro en el inciso 6 del artículo 12 menciona que es facultad del gobierno provincial “realiza gestiones y celebra acuerdos en el orden internacional para satisfacer sus intereses, sin perjuicio de las facultades del gobierno federal” y en su artículo 68 destaca que “se promueve el desarrollo de tecnologías apropiadas de innovación y de avanzada, que apoyen el desarrollo económico y social provincial y su intercambio con la Nación y Latinoamérica”.

Por su parte la Constitución de Formosa en su artículo 6 inciso 8 promueve “la realización de gestiones y acuerdos en el orden internacional con fines de satisfacer sus objetivos e intereses, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Federal en la materia”, al mismo tiempo en su artículo 39 remarca en su segundo párrafo que “la Provincia participa en los sistemas de planeamiento regional, federal e internacional” y en su artículo 99 señala en el tercer párrafo que “promueve el desarrollo de tecnologías apropiadas que apoyen el crecimiento económico y social de la Provincia y sus intercambios con la Nación y Latinoamérica con fines pacíficos”.

También la Constitución de Chubut en su artículo 14, inciso 5 menciona que le corresponde al gobierno de la provincia “concertar acuerdos en el ámbito internacional”, en el primer párrafo del artículo 22 agrega que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina” y en el artículo 84 al hablar del comercio exterior dice que “el Estado tiende a generar corrientes de exportación promoviendo la producción y comercialización de

bienes y servicios en función del valor agregado que incorporan y favorece la importación de bienes de capital".

De la misma manera la Constitución del Chaco en el artículo 13 inciso 5, menciona que le corresponde al gobierno provincial "celebrar acuerdos interprovinciales, regionales, nacionales e internacionales", y en el primer párrafo del artículo 14 "los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana".

Así mismo la Constitución de La Rioja en el artículo 16 regula que "la provincia detenta la facultad de efectuar, en el orden internacional, gestiones, actos o convenios que fueren necesarios para la satisfacción de sus intereses, sin perjuicio de la política exterior delegada al Gobierno Federal".

La Constitución de Tierra del Fuego en el artículo 5, inciso 5, menciona que le corresponde al gobierno de la provincia "realiza gestiones y celebra acuerdos en el orden internacional para satisfacer sus intereses, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Federal" y en el artículo 13 agrega que "todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que reconocen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales ratificados por la República y esta Constitución, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, y están sujetas a los deberes y restricciones que los mismos imponen".

Resumiendo lo planteado el escenario internacional se caracteriza por su dinamismo, la integración y la interdependencia cada vez es mayor en los tiempos que vivimos, las provincias no se quedaron ajenas a este auge y crearon intereses con Estados limítrofes y con otros que no lo son – relación entre Buenos Aires y Beijing –, la integración económica y los intercambios culturales crecen y se potencian día a día.

5. Control de constitucionalidad

Según el Doctor Lonigro *"controlar la constitución de las normas significa verificar que todo el ordenamiento jurídico, así como también el accionar de gobernantes y gobernados, este de acuerdo con la Constitución Nacional; y, por otro lado, brindar una solución a la posible violación o lesión al texto constitucional"*[51].

El sistema jurídico argentino utiliza el mismo modo de control que aplica el sistema norteamericano, en ambos sistemas el Poder Judicial es un verdadero poder del Estado y no un órgano que solamente se encarga de aplicar el derecho como en el sistema francés.

El control en nuestro sistema es difuso, citando nuevamente al doctor Lonigro este dice que *"el control judicial es difuso cuando quien lo ejerce, dentro del Poder Judicial, es cualquier juez, y no necesariamente la Corte Suprema o máximo tribunal judicial de un país"*.[52]

Es decir que cualquier juez tiene potestad, en el sistema argentino, para declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando su texto o fundamentos se contradigan con la carta magna.

El control rige únicamente para el caso planteado, por lo cual su alcance es limitado a las partes de la disputa judicial, no afecta a otros casos, pero cuando la Corte Suprema adopta una posición ante la norma los jueces de tribunales inferiores siguen la postura del máximo tribunal.

Pero la inconstitucionalidad no se da sólo cuando se hace algo contrario a lo que la Constitución dice, Bidart Campos señala que también existe una inconstitucionalidad cuando no se lleva a cabo lo que la ley manda a hacer, existiendo una inconstitucionalidad en este caso por omisión y no por acción.

En cuanto a los tratados internacionales Bidart Campos señala que la interpretación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución debe hacerse paralelamente con los tratados que corresponden.

El juez debe declarar la inconstitucionalidad cuando se trate de limitar la protección de alguno de los tratados de derechos humanos o cuando estos no respeten las disposiciones de la Constitución, ya que deben ser interpretados conformes a la ley fundamental, teniendo el juez que analizar la armonía de los tratados y el artículo 27 de

[51] LONIGRO, Félix, *Derecho Constitucional*, Cathedra Jurídica, tercera edición, 2016, pág. 89
[52] LONIGRO, Félix, *Derecho Constitucional*, Cathedra Jurídica, tercera edición, 2016, pág. 90

la carta magna, ya que los tratados no implican ninguna derogación de los artículos de la primera parte.

6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El máximo tribunal de justicia argentino no siempre ha tenido la misma postura en cuanto a la relación que existe entre el derecho internacional y el derecho interno, por eso me parece importante mencionar algunos de los casos más importantes que la Corte Suprema resolvió y analizar su evolución a lo largo del tiempo.

6.1. Merck Química c/ Argentina

El fallo se dio el 9 de julio de 1948, la actora era una empresa llamada Merck Química Argentina. Dicha empresa interpuso un recurso extraordinario federal, fundamentando que el decreto que el Poder Ejecutivo dictó en noviembre de 1944 era inconstitucional, ya que el Ejecutivo autorizó al secretario de Industria y Comercio a nombrar gerentes en determinadas empresas y una de las empresas había sido Merck Química, por lo tanto, solicitaba que se le respetara el derecho de propiedad y se le indemnizara por los daños y perjuicios que había sufrido por esta decisión del gobierno.

El juez de primera instancia consideró que "frente a las exigencias que el estado de guerra comporta, debe ceder la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada. Ante las necesidades imperiosas de las Nación de defender su honor y su integridad territorial y la de afianzar la seguridad colectiva de sus habitantes no puede prevalecer ningún interés privado, pues, como expresivamente lo dijera uno de sus más preclaros estadistas, Nicolas Avellaneda, nada hay dentro de la Nación superior a la Nación Misma".

La Corte Suprema destacó " Que a tales fines, conviene tener presente con carácter de consideración previa, que las corrientes doctrinarias que paulatinamente vienen reestructurando al Derecho Internacional, chocan entre sí, respecto a la primacía de esta gran rama del derecho público universal sobre el Derecho Constitucional interno, choque que enrola a las naciones y aun mismo a su derecho público interno en el grupo "monista"

o del “internacionalismo puro” que reclama esa primacía, o en el grupo “dualista” o del “paralelismo jurídico” en que al desdoblarse los sistemas jurídicos, mantiene en el orden interno la supremacía de la Constitución local. Ahora bien, es evidente a través de las citas precedentes, que en los Estados Unidos todo indica que se han seguido los dictados de la teoría “monista”. De allí, entonces, que en los casos resueltos antes o después de las Enmiendas V y VI, se advierte la influencia de los conceptos antiguos o los derivados de los ultramodernos tratados que han rectificado las convenciones celebradas al iniciarse el presente siglo bajo el signo de mayor benignidad, dando paso así, al propósito de destruir al enemigo en todas las formas, con todos los medios y respecto a todos sus recursos humanos o materiales.

Que, en cuanto a la República Argentina y en un aspecto de generalización de principios, el orden interno se regula normalmente por las disposiciones constitucionales que ha adoptado y, por lo tanto, manteniéndose en estado de paz, ningún tratado podría serle opuesto si no estuviese “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27). Es decir, pues, que en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría “dualista”. Pero, cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia —eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27— la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político, en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados. Y, si por la fuerza de las circunstancias cambiantes, ha suscriptos tratados que pudieran ser o parecer opuestos en ciertos puntos concernientes a la guerra con otros celebrados con anterioridad, es indudable de acuerdo con una conocida regla del propio derecho internacional, que los de última fecha han suspendido o denunciado implícitamente a los primeros; ese es, por otra parte, un acto de propia soberanía, que no puede ser enjuiciado de ninguna manera”.

En este fallo la Corte dictaminó que en la República Argentina en tiempo de paz, los tratados internacionales no pueden ser opuestos a los principios del derecho público que establece la Constitución en su artículo 27, pero lo interesante es que en tiempo de guerra esto cambia, ya que la el contexto del conflicto bélico no esta estipulado en el artículo 27, por lo tanto el Estado argentino puede interponer a los tratados internacionales por encima de los principios del derecho público interno, quedando la constitución en un segundo lugar.

6.2. Martin y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno nacional, Administración Gral. De Puertos

El fallo se dictó el 6 de noviembre de 1963, el problema surgió del decreto – ley 6575/58, el cual trataba sobre derechos portuarios y modificaba el Tratado de Comercio y Navegación que Argentina había firmado con Brasil en 1940 y había sido aprobado por la ley del congreso 12.688.

La actora interpone un recurso extraordinario para llegar a la corte y la Corte Suprema de Justicia resolvió que la inconstitucionalidad que Martin y Cía. Ltda. S.A. alegaba era inadmisible y como consecuencia de ello el decreto es válido al igual que lo son los tratados y las leyes, y no existen fundamentos normativos para otorgarle una mayor jerarquía a uno de otros, ya que rige el principio básico del derecho que ley posterior deroga ley anterior.

Los fundamentos de la Corte fueron los siguientes:

"4) Que es pertinente analizar, en primer término, la cuestión atinente a la jerarquía de los tratados internacionales y de las leyes de la Nación, en cuanto unos y otras integran el ordenamiento normativo interno de la República. La realidad de esta aserción deriva, sin duda, de lo preceptuado por el art. 31 de la Constitución Nacional en cuanto establece que la misma Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación. Y la consideración del punto es propia de los jueces nacionales, al tenor de la enunciación que, en cuanto a su competencia, y reiterando la del art. 31 — con la salvedad del art. 67, inc. 11— hace el art. 100 de la propia Constitución".

"5) Que estos preceptos constitucionales y los con ellos concordantes, sustentan el orden jerárquico de las normas que rigen en la República, tanto en el ámbito nacional como provincial, en que el problema es susceptible de plantearse, con iguales características…".

"6) Que corresponde establecer que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos — leyes y tratados— son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno".

"7) Que esta conclusión es también la adoptada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, con fundamento igualmente en un texto análogo al del art. 31 de la Constitución Nacional, la "supremacy clause" de la Constitución de los Estados Unidos, a saber, la cláusula 2ª del art…".

"8) Que se sigue de lo dicho que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la república, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: "Leges posteriores priores contrarias abrogant", ha sido también admitido como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, antes recordada".

"9) Que corresponde todavía señalar que el derecho internacional, con base en la distinción entre los tratados en cuanto convenios entre distintas potencias y como normas del ordenamiento jurídico nacional interno, remite también la solución, en el segundo aspecto, a la organización constitucional respectiva (conf. Kelsen, Hans, "Principles of International Law", Nueva York, 1952, p. 419; H. Lauterpach, "Regles Générales du Droit de la Paix", Rec. del Cours de l'Académie de Droit International, 1937, t. IV, p. 144; Verdross, "Derecho Internacional Público", 3ª ed., Madrid, 1957, p. 72; Oppenheim, "Tratado de Derecho Internacional Público", Barcelona, 1961, vol. I, tít. I. cap. IV, ps. 21 y 22). A lo que debe añadirse que la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esta Corte (conf. Corwin, ob. y lug. citados)".

Este mismo criterio la Corte lo tomó en el fallo "Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Nación Argentina" el 5 de junio de 1968, en donde se volvió a justificar la igualdad jerárquica entre la ley interna y los tratados, y en donde se aplica el principio de que ley posterior deroga ley anterior.

6.3. Ekmekdjian c/ Neustadt, Bernardo, y otro s/ amparo

El fallo fue dictado el 1 de diciembre de 1988, el motivo fue que el 19 de mayo de 1987 el ex presidente de la Nación Arturo Frondizi fue invitado al programa de

televisión “Tiempo Nuevo”, cuyo conductor era Bernardo Neustadt. El programa era muy popular en la sociedad argentina, ya que fue el primer programa de opinión política, y el expresidente radical dijo que debía considerar de la misma manera la legitimidad de origen de un gobierno a la legitimidad de ejercicio de este, es decir que si el ejercicio de un gobierno es legítimo su origen como consecuencia también lo es, por lo tanto, no importa la forma en que el gobierno accedió al poder.

Los dichos por Frondizi hicieron que el Doctor Miguel Ángel Ekmedjian interponga una acción de amparo, donde solicitó que se leyera en el mismo programa un escrito donde se desestimará lo que el expresidente le había dicho a la audiencia, fundamentándose en el derecho a réplica que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir el Pacto de San José de Costa Rica, del cual la República Argentina es parte.

La corte resolvió que “ en primer lugar, cabe recordar que esta Corte ya ha establecido que el derecho a réplica o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -aprobada por la ley 23.054- no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno, lo cual lleva a rechazar los agravios del apelante en ese punto (conf. sentencia dictada in re "Costa, Héctor Rubén c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", C. 752.XIX y C. 753.XIX., del 12 de marzo de 1987, considerando 16 del el voto de la mayoría y considerando 11 del voto del señor ldente José Severo Caballero)”.

La Corte en este fallo sostiene que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no forma parte de la Constitución, si había sido ratificada por una ley y posee jerarquía legal, pero no constitucional. Por lo tanto, los derechos que la Convención enumera son de carácter programático y hasta que una ley local no regule su aplicación estas no son exigibles ni operativas.

6.4. Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho

El fallo fue realizado el 7 de julio de 1992, lo interesante es que el actor es el mismo y el resultado es contrario a lo dicho cuatro años atrás por la Corte.

El mismo es uno de los más importantes de nuestra jurisprudencia porque es a partir del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación le otorga a los tratados internacionales una jerarquía superior a las leyes internas del Estado, ratificando las

obligaciones aceptadas por el Estado Argentino al adherirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969, que entró en vigencia en 1980 y en donde el artículo 27 del documento dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

El 11 de junio de 1988, el escritor Dalmiro Sáenz asistió al programa de Gerardo Sofovich y en dicho programa habló de la Virgen María, palabras que ofendieron al Doctor Miguel Ekmekdjian. Por este motivo el abogado interpuso una acción de amparo, nuevamente el destinatario fue un programa televisivo y su objetivo, otra vez fue el mismo, que se le permitiera contestar a las palabras dichas por el señor Sáenz, fundándose en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

El juez de primera instancia rechazó la demanda, utilizando los mismos argumentos que la Corte Suprema había acudido en el fallo Ekmekdjian c/ Neustadt, sosteniendo que "el derecho a réplica no puede considerarse derecho positivo interno, porque no ha sido reglamentado".

La parte actora apeló y recurrió a la Cámara de Apelaciones, pero esta ratificó lo dicho en primera instancia, por lo tanto, el Doctor Ekmekdjian decidió interponer un recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema, la cual le da lugar basándose en el artículo 31 de la Constitución Nacional y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte considero en este caso que "la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse".

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de

autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional).

18) "Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

19) "Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente".

20) “Que, en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”.

Este fallo muestra un cambio en la jurisprudencia de la Corte, reconociendo la superioridad jerárquica de los tratados sobre la legislación nacional, incluso se les otorga esta jerarquía con anterioridad a la reforma de 1994, en se les otorga el predominio a los tratados sobre las leyes ordinarias y se coloca a los tratados sobre derechos humanos al mismo nivel de la Constitución Nacional.

6.5. Café La Virginia S.A. s/ apelación

Este caso surge de la resolución ministerial 174/156, en donde se le cobró derechos arancelarios a la importación de granos de café, violándose el acuerdo regional que había llevado a cabo el Estado argentino y se dictó el 13 de octubre de 1994.

La Corte dijo que los tratados deben ser interpretados de buena fe como lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por lo tanto, la aplicación de una norma interna que dañe o perjudique a un tratado, no solo incumple la obligación internacional asumida, sino que vulnera el principio de supremacía que poseen los tratados internacionales sobre las leyes internas.

Capítulo VI:

Conclusión

Los puntos tratados en el trabajo nos invitan a reflexionar y analizar las interesantes características que tiene la integración, ver como esta no es un acontecimiento que surgió en el último tiempo, sino que es un fenómeno que siempre estuvo presente en la historia, solo que ahora encontró su método más eficaz, el económico.

El nuevo método económico permitió que los procesos se puedan ir poniendo objetivos que conforman distintos grados de integración, así podemos encontrar la zona de preferencia arancelaria, la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común, la unión económica y monetaria, y tal vez en un futuro la unión total, que se intentó conseguir en el continente europeo con la firma del tratado de Lisboa, en el año 2008, pero todavía no se pudo lograr.

Pero la integración no solo es económica, este es solo el comienzo de la "bola de nieve", como explicaron los funcionalistas en su teoría, también podemos ver un desarrollo político, social y cultural, que se va a obteniendo y acelerando en los distintos grados de los procesos.

También se trató la importancia del comercio y la creación de un organismo internacional que lo regule ante el temor de una "guerra comercial". Así llegamos a la Organización Mundial del Comercio que se ocupa de establecer las normas y reglas que rigen el comercio internacional. Al mismo tiempo promueve el intercambio comercial entre los miembros, destacando la reciprocidad e igualdad de los mismos, la reducción de aranceles aduaneros y la aplicación del principio de no discriminación, expresado en la cláusula de la nación más favorable y el trato nacional.

Sin embargo, este último principio se ve afectado por el articulo XXIV del mismo organismo, permitiéndole a países como Argentina a no cumplir con el principio de no discriminación. Además, el artículo incluye a los procesos de integración y excluye a las ventajas que los países se otorgan en el bloque de la cláusula de la nación más favorecida,

lo cual produjo un interesante debate entre la postura universalista y la postura regionalista.

En definitiva, nos encontramos ante dos sistemas, el regionalismo que representan los procesos de integración y el multilateralismo que se refleja en organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio, la existencia de ambos simultáneamente es un factor favorable debido a que fomentan el comercio y esto produce un desarrollo entre los países que conforman los sistemas internamente y las relaciones pacificas entre los Estados miembros.

El derecho ocupa un rol fundamental en todo esto, sin la intervención del derecho no sería posible que los Estados acuerden y se relacionen entre sí y acá es donde aparece el derecho internacional público con su conjunto de normas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional. La herramienta más importante del derecho internacional público son los tratados, ya que son aquellos acuerdos escritos que celebran dos naciones soberanas o más, o una nación y una organización internacional.

Los tratados pueden ser de tres tipos, políticos, comerciales o jurídicos, todos los tratados se encuentran regulados por la Convención de Viena, con la excepción de aquellos que el Estado firme con otros sujetos del derecho internacional, aquellos acuerdos en los cuales no intervengan Estados y los acuerdos que no sea celebrados por escrito.

Aquí es donde comienzan los problemas, la Convención establece que los tratados serán obligatorios para cada una de las partes en la totalidad de su territorio, la entrada en vigor será cuando las partes acuerden y una vez acordado ninguna de las partes puede alegar cuestiones de derecho interno para incumplir con las obligaciones asumidas.

La República Argentina se adhirió a la Convención en el año 1969 y entro en vigor en 1980 y desde que esto sucedió se pueden encontrar confrontaciones entre normas del sistema interno argentino y el sistema internacional.

Al mismo tiempo, además de formar parte de numerosos organismos internacionales y celebrar enorme cantidad de tratados con otros Estados y organismos, el Estado argentino también formó parte de procesos de integración económica en la región. En primer lugar, formó parte de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, después conformó la Asociación Latinoamericana de Integración y actualmente es uno de los miembros del Mercado Común del Sur. El nacimiento de estos

procesos se da a través de un tratado, el cual es tomado como norma fundamental y de donde se desprende el derecho de integración.

No existen dudas de que el Estado cada vez ocupa un lugar más importante en el escenario mundial, cada vez son más los tratados y convenios que los países firman, y estos abarcan todas las materias. Como consecuencia de esto el Estado cada vez contrae mayores obligaciones ante terceros y muchas veces las confrontaciones que asume ante otros pares u organismos internacionales o regionales se contradicen con la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo la Carta Magna tiene la finalidad de regular todos los aspectos de la vida política e institucional de la sociedad, siendo en definitiva la expresión máxima del derecho. Por lo tanto, debido al mundo cada vez mas globalizado y en donde los procesos de integración toman mayor fuerza, la modificación de la ley fundamental del Estado no ha quedado ajena a los cambios que producen las dinámicas que presentan estos dos fenómenos.

Se puede señalar que, respondiendo a este dinamismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adelantó a la última reforma y el año 1992 ya expresó la importancia del derecho internacional y el lugar que ocupaba en el fallo Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho.

La nueva Carta Magna responde a este aumento de relaciones de los países y a la vinculación de los sistemas jurídicos de los mismos, debido a la generación de normas del derecho internacional y del derecho de la integración que responden a problemáticas internas de cada uno de los Estados y también a los particulares. El mayor aporte del derecho de la integración es la participación y el rol que tienen los ciudadanos de los Estados miembros en cada uno de los procesos.

La última reforma, a través de sus incisos 22 y 24 del artículo 75, cambió completamente el sistema jerárquico normativo de la República Argentina, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados de integración con países de la región y países fuera del continente americano han sido claramente las causas de este cambio.

Concretizando hoy los tratados internacionales sobre derechos humanos están en la misma jerarquía de la Constitución gracias a la última modificación, lo que permite superar, normativamente, el problema surgido en el fallo Ekmekdjian c/ Neustadt – aclaró

normativamente porque la Corte en 1992, como ya se explicó, superó esta cuestión –. A partir de aquí las normas que emanan de los derechos mencionados en el artículo 72 inciso 22 tienen una jerarquía constitucional.

Al mismo tiempo el inciso 24 del mismo artículo 75, establece que las normas que dictase un organismo supranacional, el cual el Estado formará parte y al cual el Estado Argentino le delegue competencias a través de un tratado de integración, tendrán una jerarquía superior a las leyes que emanan del Poder Legislativo, es decir de las normas del derecho interno.

A modo de resumen podemos decir que luego de la reforma de 1994, el esquema jerárquico de las normas dentro del sistema normativo argentino es el siguiente:

1- La Constitución Nacional y las normas de Derecho Internacional que surgen de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que se incorporen posteriormente sobre la materia.
2- El resto de los tratados internacionales que el Estado argentino célebre.
3- Las normas que surjan de organismos supranacionales.
4- Las leyes que dicte el Poder Legislativo y en este mismo lugar entran los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo.

A modo de cierre este trabajo permite la apertura a dos interesantes debates, que pueden ser el inicio de nuevas investigaciones. En primer lugar ¿Qué lugar deben ocupar los tratados de inversión en el sistema normativo argentino? La inversión en países como la Argentina, en un mundo globalizado y en donde los bloques regionales se fortalezcan es fundamental. Estos tratados buscan facilitar relaciones comerciales, pero necesitan un marco jurídico confiable y seguro.

A mi parecer la última reforma constitucional es insuficiente en cuanto a la conformación de los procesos de integración, en caso de que Argentina y los países de la región decidan alcanzar un grado de integración más elevado, por lo tanto, me permito preguntarme ¿Es necesaria una nueva modificación de la ley fundamental para formar parte de un proceso de integración más sólido y próspero?

Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Terramar, Buenos Aires, 2009
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea", ed. Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1994.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, 2008
- BASALDÚA, Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, 2006.
- BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, 2006.
- DOUGHERTY James y PFALTZAGRAFF Robert, *Teorías en pugna en las Relaciones Internacionales*, Grupo Editor Latinoamericano, 1993.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 2004-1, ed. Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2004, págs. 493 a 598.
- EKMEKDJIAN Miguel Ángel, *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*, Depalma, 1994.
- FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro, "Manual de Derecho Comunitario", Ed.. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996.
- GUY, Isaac, "Manual de Derecho Comunitario General", 4ª edición, ed. Ariel, Barcelona, 1997.
- KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, AKAL, España, 2016.
- LONIGRO, Félix; *Derecho Constitucional*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, tercera edición, 2016.
- MARANIELLO, Patricio y COHN, Silvia, *Tratado de Derecho de Integración*, Tomo I, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014.
- MARANIELLO Patricio y COHN, Silvia, *Tratado de Derecho de Integración*, Tomo II, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014.

- MITRANY, David “A working peace system”, en The European Union, readings on the theory and practice of European integration, de Nelsen & Stubb, ed. Rienner, London, 1994, págs. 77 a 97.
- NEGRO, Sandra, *Derecho de la Integración, Manual*, Editorial B de F, 2018.
- PIZZOLO Calogero, *Derecho e Integración Regional*, Ediar, Buenos Aires, 2010.
- SABSAY, Daniel Alberto y Onaindia José Miguel, *La Constitución de los Argentinos*, ERREPAR, séptima edición, 2009.
- SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters La Ley, segunda edición, Buenos Aires, 2019.
- VANOSSI, Jorge y DALLA VIA, Alberto, *Instituciones de Derecho Político y Constitucional, Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos*, ABELEDO PERROT, tercera edición, Buenos Aires, 2019.
- https://www.wto.org/indexsp.htm
- https://www.mercosur.int/
- https://icsid.worldbank.org/es/acerca

JURISPRUDENCIA:

- CIADI, caso CSM Gas Transmission Company c/ República Argentina, laudo del 25 de septiembre de 2007.
- CSJN, Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 13/08.
- CSJN, caso “Acosta, Claudia Beatriz s/ hábeas corpus”, sentencia del 22 de diciembre de 1998.
- CSJN, caso “Bramajo, Hernan Javier s/ incidente de excarcelación”, sentencia del 12 de septiembre de 1996.
- CSJN, caso “Cafés La Virginia S.A. s/apelación”, 13/X/94.
- CSJN, caso “Ekmekjian Miguel Ángel c/ Neustadtm Bernardo, y otros s/amparo”. Sentencia del 1 de diciembre de 1988.
- CSJN, caso “Ekmekjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros s/ recurso de hecho, sentencia del 7 de julio de 1992.
- CSJN, caso “Fibraca Constructora S.C.A. c7 Comision Tecnica Mixta Salto Grande, sentencia del 7 de julio de 1993.

- CSJN, caso “Martin y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno nacional, Administración Gral. de Puertos, sentencia del 6 de noviembre de 1963
- TJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend y Loos, asunto 26/62, Rec. 1963 pg. 943.
- TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, Rec. 1964, pg. 1141.
- TJCE, sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, asunto 106/77, Rec. 1978 pg. 629.

Nota de elevación de tesis.

Buenos Aires, 3 de agosto de 2021.

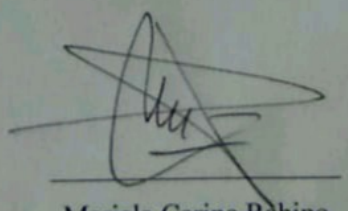
Sra. Directora de la Carrera de Abogacía.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Dra. Viviana Kluger:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico por este medio que el alumno Nahuel Fernando Onetto ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título "Apertura constitucional y legal del Derecho Interno al Derecho Internacional Público y de Integración".

Considero que por el tiempo dedicado, la calidad disciplinar de su contenido y la articulación de las distintas ramas del Derecho, destacan un trabajo de investigación que merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

Saludo a la Sra. Directora con mi consideración más distinguida.



Mariela Carina Rabino

Apellido y nombre: Onetto, Nahuel Fernando
Domicilio: Capello 1026, Banfield, Lomas de Zamora.
E-mail: onetto.nahuel@gmail.com