

Buenos Aires, diciembre, de 1992

Señor Director de Dictámenes
de la Procuración del Tesoro de la Nación
Dr. Eugenio Palazzo

S - D

I.- Se consulta acerca del criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos dictados en autos " Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros " del 7 de julio de 1992 y "Servini de Cubria, María S. s/- amparo" del 8 de setiembre de 1992, con respecto a la relación existente entre el derecho internacional que vincula al Estado argentino en virtud de tratados celebrados con potencias extranjeras y el derecho interno.

II.- En el fallo "Ekmekdjian" se plantea la cuestión de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por el Congreso Nacional por Ley 23.054 (B.O.27/3/84). En su artículo 14, el Pacto consagra el derecho de rectificación o respuesta, y en el fallo objeto de análisis, el planteo se refiere a la armonización de dicha norma con el derecho y libertad de prensa consagrado en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. Así, el tribunal trata el tema de la jerarquía de los tratados en vigor para el Estado argentino y las leyes de la Nación y los aspectos referentes a la operatividad de las normas contenidas en

dichos instrumentos.

II.1.- La Corte sostuvo que en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de rectificación o de respuesta ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5/9/84, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional. (v. considerando 15). En ese orden de ideas, el Tribunal expresó 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. (v. considerando 20).

Ello permite inferir que, en opinión del Tribunal, las normas de carácter operativo o self executing contenidas en un tratado internacional - en el que el Estado argentino sea Parte - serán de aplicación directa, siendo éste el modo en que el Estado cumple con el compromiso internacional asumido al obligarse por el tratado.

II.3.- Asimismo, la Corte entendió que la interpretación del Pacto de San José debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ésta sostuvo en forma unánime en la Opinión Consultiva que emitiera sobre la aplicabilidad

del derecho de rectificación o respuesta (OC - 7/ 86) que el artículo 14.1 " reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible " concluyendo que "...si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación a la Convención. " (v. considerando 21). Agregó que, en la citada Opinión Consultiva, la Corte Interamericana sostuvo que "todo Estado Parte que no haya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta está en la obligación de lograr ese resultado sea por medio de legislación, o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin."

Así, la Corte Suprema consideró en el fallo que nos ocupa que, entre las medidas necesarias existentes en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse las sentencias judiciales; y que el tribunal puede determinar las características con que ese derecho, ya concedido en el tratado, se ejercitará en el caso concreto (v. considerando 22)

II.4- En cuanto a la jerarquía del tratado en nuestro derecho interno, la Corte entendió que la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados - aprobada por ley 19.865 (B.O.), ratificada por el Poder Eejecutivo el 5/12/72 y en vigor desde el 27/1/80

- confiere primacia al derecho internacional convencional sobre el derecho interno.(v.considerando 18). Al respecto, el tribunal expresó que esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino y que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacia al tratado internacional ante un eventual conflicto con cualquier norma contraria o con la omisión de dictar ciertas disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los citados términos del artículo 27. (v. considerando19).En ese orden de ideas meritó el tribunal que ya no es exacta la proposición según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado sobre la ley".

Lo expuesto refleja un apartamiento de la Corte de la doctrina que sostuvo tradicionalmente en el sentido de que tratado y ley detentaban igual jerarquía. El fundamento normativo que lleva al tribunal a modificar su postura es el artículo 27 de la Convención de Viena que establece que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." (v. considerando 18)

III.- El otro fallo sujeto a estudio "Servini de Cubría, Maria R. s/ amparo" se funda sustancialmente, en la garantía establecida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, que

autorizan a todos los habitantes a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, sin que el Congreso Nacional pueda dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. (V. considerando 2)

III.1.- Respecto del derecho en cuestión la Corte - reiterando lo que sostuviera en Fallos 248/291- señaló que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. (v. considerando 6)

III.2.- En relación a la incidencia que lo dispuesto en la materia por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene sobre nuestro ordenamiento jurídico, la Corte entendió que el Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) proporciona pautas inexcusablemente atendibles (el subrayado me pertenece) para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión (v. considerando 8). Asimismo, meritó que tanto en la Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte como en el Pacto de San José de Costa Rica, la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen; y señala a título de ejemplo, el artículo 13 inciso 1 del Pacto, en el que se describen los actos que

configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento - buscar, recibir, y difundir información e ideas - los que pueden ser dados a conocer por diversos medios - oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro acto idóneo para su difusión sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados. (v. considerando 9)

IV.- De la lectura de los fallos sujetos a estudio, surgen los siguientes aspectos a destacar relativas a la relación derecho interno- derecho internacional: a) la jerarquía de un tratado internacional, en vigor para el Estado argentino, a la luz de lo dispuesto en la Constitución Nacional y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y b) la interpretación y el alcance que la Corte Suprema le ha dado a un tratado en particular, cual es, el Pacto de San José de Costa Rica.

El análisis de la relación derecho interno - derecho internacional es un tema que desde antiguo, ha atraído la atención de los juristas. Desde la publicación de la obra de Heinrich Triepel en 1899 al presente, se han elaborado numerosas teorías para explicar dicha relación. Así se habla del dualismo o del monismo, y de la primacía del derecho internacional o del derecho interno. Se ha sugerido también que éste no sería un verdadero problema científico, sino un pseudoproblema por que cada una de esas teorías podría servir para explicar cualquier situación de hecho que ocurriera, o

1

sea, que ellas serian irrefutables por los hechos.
(conf.Barberis, Julio, "La Convención de Viena sobre el
Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina"
Revista Prudentia Iuris, NoXVII-XVIII, UCA, Buenos Aires,
1987, pag.159)

La tesis monista, según la cual el
tratado se incorpora automáticamente al orden interno a
partir de la ratificación efectuada por el Poder
Ejecutivo, sin necesidad de una ley posterior que lo
recepte y lo incorpore al mismo convirtiéndolo en ley -
tesis dualista - es la que resulta compatible con nuestra
Constitución. Una vez ratificado, el tratado pasa a
formar parte del derecho interno argentino, según lo
dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Dicha postura fue adoptada por esta
Procuración al sostener que "El derecho internacional
público y el derecho argentino no forman dos hontanares
distintos (teoría dualista), sino - con miras al artículo
31 de la Constitución Nacional- un sólo hontanar (teoría
monista), de suerte tal que ninguna norma internacional,
proceda de tratados, de derecho consuetudinario
internacional o de resoluciones de organismos
internacionales, con tal que vincule a la Argentina en el
orden internacional, requiere una transformación en norma
argentina interna por ley, decreto o costumbre para
reclamar su vigencia dentro de la República." (v.
Dictamen 195:153 y en el mismo sentido 103:199)

Conforme lo establece la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 2.1 a) "se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional...". Cuando un Estado contrae voluntariamente compromisos de tal contenido, esto es cuando acepta obligarse por un tratado, no ha renunciado a una expresión de su soberanía, sino que libremente ha ejercido un derecho inherente a ella, la capacidad de todo Estado de concluir tratados internacionales. (conf. Gutierrez Posse, Hortensia, "Familia en el Derecho Internacional Público, Enciclopedia de Derecho de Familia, Lagomarsino-Salerno(Direc.)T.II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pag.215)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse, voluntariamente, y con el alcance que estime conveniente a sus intereses. Es decir, que si considera que debe excluir o modificar algún efecto jurídico del tratado, en que a dicho Estado concierne, efectuará una reserva al respecto mediante una declaración unilateral, siempre que el tratado lo permita y que la reserva no desvirtúe el objeto y fin del tratado. La reserva es un instituto de larga tradición en el derecho internacional general, que ha sido codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 2, 1.d) y concordantes. Como bien señalara Paul Reuter, la citada Convención ha adoptado una política liberal en materia de reservas a efectos de generalizar al máximo la

p. d

participación en los tratados. (conf. Reuter, Paul, Introduction au Droit des Traités, Paris, Pedone, 1972, pag.91)

En tal sentido, al manifestar su consentimiento en obligarse por el Pacto de San José, el Estado argentino expresó en el instrumento de ratificación, que dicho Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella. (conf. Instrumento de Ratificación de la República Argentina, en Recopilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Vinuesa, Raúl, Comp. Zavalía, Buenos Aires, 1986)

Ello permite concluir que el Estado argentino, al ratificar el Pacto, se ha obligado con el alcance señalado en el párrafo precedente, esto es que las disposiciones del tratado serán aplicables, siempre que sean armónicas con los principios de derecho público establecidos en nuestra Constitución.

La supremacía constitucional surge del hecho que la Constitución Argentina es una Constitución rígida. Es decir que ella no puede ser modificada total o parcialmente por ninguno de los poderes del Estado. Respecto de los tratados internacionales la propia Constitución dispone en su artículo 27 que ellos deben estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución ". Bidart Campos sostiene que "...el tipo constitucional rígido de

nuestra Constitución elimina la validez de normas que, emanadas del poder constituido, alteren o se opongan a esa Constitución. Los tratados concluidos por el Ejecutivo, aprobados por el Congreso y ratificados por el Ejecutivo, surgen del poder constituido, y si están en contra de la Constitución equivalen a una reforma inválida de la misma". Agrega el autor que la Constitución proporciona a través del artículo 27 una "pauta expresa acerca de la subordinación del tratado a la Constitución" (conf. Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional Argentino, T.I, pag.103).

Lo expuesto implica, que en el ordenamiento jurídico argentino, la Constitución es la norma suprema y que todas las normas jurídicas creadas por las autoridades del Estado argentino, todos los actos jurídicos celebrados en consecuencia de ellas y los tratados internacionales deben estar de acuerdo con sus disposiciones.

Teniendo en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Servini de Cubria" en el sentido de que el Pacto de San José proporciona "pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión" podría, en principio, inferirse a través de esta frase que el tribunal meritó armónica la relación entre la Constitución y el Pacto de San José .

Esta interpretación se vería reforzada con el voto del Ministro Boggiano, quien sostuvo que la relación entre el principio de libre expresión de nuestra Constitución y las normas del Pacto de San José es armónica y que el sentido de la libertad de expresión y su importancia para una sociedad democrática fueron valorados con similar alcance tanto en la Constitución Nacional como en el Pacto de San José. (v. considerando

p. 1

16 del voto del Dr. Boggiano). En ese orden de ideas, el Ministro consideró, que la diferencia entre ambas normas radica en la mayor precisión del Pacto que define el ámbito irreductible del derecho de libertad de expresión (v. considerando 17 del voto del Dr. Boggiano). Por su parte, el Ministro Fayt sostuvo que los principios que, conforme el Pacto de San José, gobiernan el derecho de expresión, resultan de armonizar su ejercicio con la garantía de no estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, fijadas por la ley. (v. considerando del voto del Dr. Fayt)

V.- Examinada la relación entre la Constitución Nacional y el tratado, a la luz de los fallos sujetos a estudio, corresponde ahora analizar, la relación entre el tratado y la ley.

V.1- El tema sub-examine fue resuelto en autos "Martín y Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos" el 6 de noviembre de 1963 (Fallos 257:99), y la postura allí adoptada fue la que imperó hasta el dictado de los fallos aquí analizados.

En la citada causa, dijo el Tribunal que "Ni el artículo 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". Agregó que "Ambos -leyes y tratados - son igualmente calificados por ello como "ley suprema de la Nación" y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Rige respecto de ambas normas el principio según el cual las posteriores derogan a las anteriores."

En su comentario al fallo mencionado ut-supra, Werner Goldschmidt señaló que, "La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 6 de noviembre de 1963 ...posee indudable importancia, ya que resuelve en el país por primera vez con total claridad el problema de la relación jerárquica entre tratado y ley en el sentido de su equiparación, de manera tal que la norma posterior, ora convencional, ora legal, deroga la norma

contraria anterior." (v. El Derecho, Tomo 7, pag.784)

En relación a la postura tradicional de la Corte Suprema - que equipara a los tratados con las leyes - Bidart Campos señaló que en virtud del principio básico "pacta sunt servanda", una ley posterior no puede prevalecer sobre un tratado anterior, toda vez que el mismo impide al país alterar unilateralmente al tratado. En el mismo sentido, expresa el autor, si tenemos una ley anterior y un tratado posterior, también prevalece el tratado, en cuanto es la última expresión de voluntad normativa del Estado. (conf. Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1, pag.103)

V.2.- Atento lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que en los fallos objeto de la presente consulta la Corte Suprema se apartó de la corriente seguida en la materia respecto de la jerarquía de los tratados en relación a las leyes . En consecuencia, el orden de prelación sentado por el tribunal en el derecho argentino sería ; Constitución Nacional, tratados internacionales en vigor para el Estado argentino, y leyes.