H. Convención Nac.
MESA DE ENTRADAS
- 4 JUL 1994
CU 490 1655

Convención Nacional Constituyente

Buenos Aires, 4 de Julio de 1994.-

Señor Presidente de la
Convención Nacional Constituyente
Dr. EDUARDO MENEM
S / D

De mi mayor consideración:

Por la presente solicito, la corrección de los Fundamentos, del Proyecto Nº 1.344 presentado el día 24 de Junio, próximo pasado.-

Adjunto a la presente, cinco copias de los mismos.-

Sin otro particular, lo saluda muy atentamente.-

ALBERTO EDGARDO BALESTRINI
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

FUNDAMENTOS

Sr. Presidente

I.- INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.-

ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

La realidad internacional ha ido poniendo en evidencia la falta de armonía entre los diversos ordenamientos jurídicos internos y el derecho internacional.- Esto se da en el ámbito de una comunidad internacional descentralizada en la que aún se mantiene el principio de la soberanía estatal.-

En razón de la aludida descentralización, es del resorte del derecho público interno de cada Estado el determinar los mecanismos a que habrá de ajustarse la concertación de acuerdos ó tratados entre las naciones; cuáles serán los órganos habilitados para ello y qué procedimiento se seguirá para su aprobación, ratificación y, eventualmente su denuncia.-

Es en las constituciones de cada estado donde se determina la jerarquía de los tratados dentro del ordenamiento jurídico interno.-

Históricamente se abordó esta cuestión por medio de dos doctrinas contrapuestas: Monismo y Dualismo.-

La ratificación por la República Argentina de los nuevos tratados sobre derechos humanos ha llevado a los doctrinarios y a la Corte Suprema a pronunciarse respecto de dos situaciones: 1) un conflicto entre el tratado y una ley nacional posterior, y 2) un conflicto entre el tratado y la interpretación de la Constitución Nacional en un caso concreto por vía jurisprudencial.-

El plexo normativo que regula la materia en la actual redacción de nuestra Constitución Nacional está constituído por los artículos 27, 31 y 100 de la misma.-

El artículo 27 obliga al Gobierno federal a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derechos públicos establecidos en la propia Constitución.-

El artículo 31 establece que la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.-

El artículo 100 atribuye a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación,... y por los tratados con las naciones extranjeras...-

Según el constitucionalista Reinaldo VANOSSI el artículo 27 implica un límite al conte-
nido de los tratados "que coloca a éstos dentro del control jurisdiccional al que están sometidos los demás actos estatales, haciendo factible la hipótesis de que por vía de ese control se pueda llegar eventualmente a la impugnación de inconstitucionalidad de un tratado cuyo contenido fuese violatorio de principios que la Constitución asegura".- Ello para el orden interno argentino y sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en la esfera internacional por la violación del tratado (Régimen constitucional de los tratados Bs.As. 1969, pág. 37).-

Sobre esta base sentó la delegación argentina a la Segunda Conferencia de La Haya de 1907 la así denominada "fórmula argentina de arbitraje", que substraía de los tratados de arbitraje obligatorio todas las cuestiones que afectaran los principios constitucionales de cada país.-

La doctrina que informa la citada fórmula fue desarrollada por Joaquín V. GONZALEZ al tratarse en el Senado el Tratado de Arbitraje con Italia (suscripto en 1898): "Cuando

se dice que el arbitraje no puede afectar principios constitucionales, el criterio común puede confundir la materia ó el caso sometido a litigio, con las facultades ó el poder creado por la Constitución para resolverlo; y así, por ejemplo, en un tratado de arbitraje no se podría someter a juicio nada que importe cambiar ó alterar la forma de gobierno establecida, suprimir una provincia ni incorporar otras nuevas, cercenar ó limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, ni desintegrar social ó políticamente el territorio; no podría tampoco suprimir, restringir, ni alterar los derechos civiles y políticos reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros, ni suprimir ó disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos en la práctica".

La aludida fórmula fue incorporada al Tratado de No Agresión y Conciliación de Río de Janeiro, de 1.933.

El artículo VI, siguiendo el contenido del artículo VI de la Constitución norteamericana, consagra la supremacía del derecho federal.

La Suprema Corte se ocupó de esta problemática en autos "S.A. MARTIN y Cía. Ltda. c/NACION ARGENTINA" CSJN, Fallos, 257, L.L., 113-458.

Dijo la Corte: "6°) Que corresponde establecer 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. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados como 'ley suprema 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 norteamericanas, con fundamento igualmente en un texto análogo al del art. 31 de la const. Nacional,...".

"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...".

"9°) Que corresponde todavía señalar que el derecho internacional con base en la distinción entre los tratados en cuanto convenidos entre distintas potencias y como normas del ordenamiento jurídico nacional interno, remite también la solución, en el segundo aspecto, a la organización constitucional respectiva... 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...".

Opina BIDART CAMPOS que "el tratado a través del cual el Estado se obliga por voluntad de los órganos de su poder constituído, no puede alterar la Constitución, porque si así fuera se admitiría una reforma de la misma Constitución por vías extrañas a la que ella ha ordenado para el poder constituyente derivado. En igual sentido se pronuncia VANOSSI.

VANOSSI critica la sentencia de la Corte Suprema en el caso "MERK Química Argentina c/"Gobierno de la Nación", que limitó la primacía de la Constitución sobre los tratados a las épocas de paz, en tanto que en tiempos de estado de guerra en causa propia admitió "pasar de la primacía del derecho interno a la primacía del derecho internacional".

Sostuvo la Corte en el caso MERK: "... 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 en cuanto se penetra en el derecho de la guerra en causa propia -eventualidad no incluída 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 trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que pueden estar animados".

Juan Carlos PUIG, en su obra Derecho de la Comunidad Internacional. volúmen I, Parte General, Bs. As. 1.974, pg. 143, afirma que "no toda la constitución sería jerárquicamente superior, y por tanto, cabría admitir la posibilidad de su reforma por vía convencional siempre que no se vulneraran las declaraciones, derechos y garantías de su parte programática...". Agrega que la República Argentina ha concertado tratados que implican una reforma a la Constitución en su parte orgánica, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que contradicen varias cláusulas constitucionales.

Para BIDART CAMPOS lo que establece el artículo 31 C.N. es la Supremacía del derecho federal sobre el provincial y de la Constitución Nacional sobre ambos; y opina que no puede hallarse en él base para sostener pretendidas primacías de la ley sobre los tratados. Recuerda también la vigencia del principio "pacta sunt servanda" que veda en principio la revisión unilateral de los tratados internacionales.

Comentando el artículo VI de la Constitución Norteamericana, John JAY, en "El Federalista" sostiene: "...que los tratados están hechos no sólo por una de las partes contratantes, sino por las dos y, consiguientemente, que así como el consentimiento de ambas fue indispensable para su conclusión original, así también lo es para siempre para alterarlos o cancelarlos" (Fondo de Cultura Económica, México, pg. 275, 1.974).

Tanto GOLDKSCHMIDT como PUIG sostienen que en la inteligencia de la Constitución Nacional, el tratado prevalece sobre la ley, en consonancia con lo prescripto por la Convención de Viena de 1.969 sobre el derecho de los tratados, cuyo artículo 27 veda a los contratantes invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

EL TEMA EN ESTUDIO EN SU RELACION CON EL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA

El constitucionalista Néstor P. SAGUES destaca que los arts. 14 a 19 y 33 de la Constitución argentina y el capítulo II del Pacto de San José de Costa Rica, concerniente a los derechos civiles y políticos, coinciden en incluir una extensa gama de derechos y garantías, encontrándose una similitud parcial entre los contenidos de una y otra norma. Entiende SAGUES que los derechos explícitamente mencionados en el Pacto y citados expresamente en nuestra Constitución (por ej. integridad personal, honra y dignidad, derecho al nombre -arts. 5, 11, y 18 respectivamente- pueden reputarse implícitamente incluídos en ésta a través de la cláusula de los derechos no enumerados del artículo 33 C.N. Considera factible este autor que varios derechos insertados explícitamente en la Constitución Argentina, y no expresamente en el Pacto, queden captados por la cláusula de los derechos implícitos del Pacto (art. 29).

A la problemática de cuál es el derecho que prevalece se agrega aquí el conflicto entre las competencias atribuídas por las dos normas contradictorias: según el art. 100 de la C.N. corresponde a la justicia argentina el conocimiento y decisión" de las causas relativas a tales derechos y garantías; en tanto que el Pacto atribuye el "conocimiento" de aquella temática a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en función rejudicial-, y a la Corte Interamericana luego que se la someta el caso a su decisión,

debiendo dictar el fallo "definitivo e inapelable sobre el punto (arts. 67 y 61 de la Convención).

La Comisión tiene solo facultades instructorias o de prevención, además de conciliatorias. En cambio la Corte Interamericana es el tribunal de última instancia en la litis. Según lo que determina el Pacto, la Corte Interamericana declarará el derecho formalmente válido en la materia que nos ocupa y su decisión será jurídicamente irrevisible.

Esto contraviene los artículos 100, 96, 94 y concordantes de nuestra Constitución Nacional y la propia jurisprudencia de la C.N. que en innúmeras oportunidades se ha considerado "intérprete final de la Constitución".

Cierto es que tanto la Comisión como la Corte Interamericana carecen de imperiun para efectivizar sus pronunciamientos; pero lo es también que el derecho emanado de la Corte Interamericana se sitúa por encima del derecho nacional, y que normativamente obliga al Estado local. La desobediencia del Estado a la Corte Interamericana implica infracción al principio de buena fe en las relaciones internacionales.

Desde la ratificación por nuestro país del Pacto de San José se abre para los argentinos una cuarta o quinta instancia.

Frente al actual contenido de nuestra Constitución Nacional SAGUES propone contemplar al proceso de integración regional y a la protección internacional de los derechos humanos como hechos no previstos por la Constitución; y dice encontrarnos frente a una laguna constitucional.

Es solo después de la segunda Guerra Mundial que la integración regional y el derecho comunitario regional aparecen con nitidez.

Nuestra Constitución, por no haberla previsto, no legisla sobre la integración regional.

SAGUES nos habla de otro hecho nuevo: la aparición y aceptación actual de un <u>bien común internacional</u>, superior y prevaleciente sobre el <u>bien común nacional</u>. "Dicho bien común internacional (y, en su caso, bien común regional) se integra con ciertos fines, como la paz y el orden internacionales y la mutua coordinación entre los Estados; pero además, y de manera muy notoria, con la tutela internacional <u>de los derechos humanos</u>. A este respecto el bien común internacional demanda cada vez más la existencia de una autoridad internacional que proteje a esos derechos humanos de las violaciones que puedan ocasionar las propias autoridades nacionales. Hasta el principio de no intervención hace excepción en esta materia, autorizando a los órganos legítimos de la comunidad internacional a intervenir en el ámbito interno de los Estados, a fin de resolver las lesiones o atentados contra aquellos derechos.

La programación de una jurisdicción y de una magistratura internacionales para atender la cuestión de los derechos humanos importa otra laguna constitucional en nuestro derecho positivo vigente.

Puesto a procurar la cobertura del vacío normativo, SAGUES desecha el uso de la analogía, ya que no hay ninguna respuesta constitucional a un fenómeno parecido o similar a la integración ni a la tutela internacional de los derechos humanos.

Cree SAGUES encontrar en el valor "justicia" el ingrediente válido para cubrir el vacío normativo, tanto para efectivizar aquella tutela de los derechos del hombre, como

para cubrir la laguna constitucional en materia del proceso integrativo regional, dada la insuficiencia actual material del Estado para cumplir por sí solo las tareas atingentes a su propio bien común nacional.

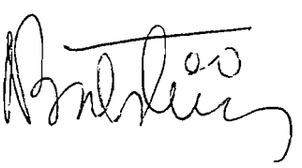
Las modernas constituciones de los países de la desarrollada Europa consagran esos principios de primacía del derecho internacional. Así, el artículo 10 de la Constitución Italiana establece: "El ordenamiento jurídico italiano acepta las normas de derecho internacional generalmente reconocidas. ..." Art. 11: "Italia ... acepta, en condiciones de paridad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para crear un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales que tienden a tal fin.

La constitución de la Quinta República Francesa proclama en su artículo 55: "Los tratados o acuerdos, ratificados o aprobados correctamente, tendrán desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra".

El artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece: "Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y deberes para los habitantes del territorio de la Federación".

Resultaría pertinente incluir una nueva norma que establezca la primacía del derecho regional e internacional en la primera parte de la Constitución Nacional; ello es lo metodológicamente adecuado. Sin embargo nos lo veda el punto I del artículo 3° de la Ley 24.309 que nos impone incluir el tema en incisos nuevos del artículo 67 de la Carta a reformar.

Puestos a reformar la Constitución Nacional, y habilitados para ello por la Ley 24.309 consideramos necesario cubrir las lagunas antes señaladas mediante la modificación y ampliación del inciso 19 del artículo 67 de la Constitución Nacional en una redacción que contemple los procesos de integración (jerarquía del derecho comunitario tanto primario como secundario, respecto del derecho interno; delegación de facultades en organismos supranacionales; procedimiento para la elaboración de tratados); recepcionando expresamente el principio de reciprocidad entre los estados miembros, como condición esencial para la operatividad de las regulaciones comunitarias que signifiquen una limitación a los poderes del Estado. Se establecerá en forma expresa la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales, en forma tal que no queda librada al arbitrio de una interpretación judicial.



ALBERTO EDGARDO BALESTRINI
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES