

# El Derecho constitucional ante el tercer milenio

PABLO L. MANILI\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. PRIMERA ETAPA: CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO
3. SEGUNDA ETAPA: CONSTITUCIONALISMO SOCIAL
4. TERCERA ETAPA: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
5. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
6. CONCLUSIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRENTE AL TERCER MILENIO

## 1. INTRODUCCIÓN

El mero transcurso del tiempo y los cambios sociales, económicos, políticos y culturales que aquél trae aparejado, generan la necesidad de sucesivas transformaciones del Derecho constitucional para dar respuesta a las nuevas necesidades que van surgiendo. Esas necesidades pueden manifestarse tanto en cuanto a los derechos humanos a proteger por las constituciones, como así también, en las estructuras de poder que éstas organizan. Es

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad de Palermo. Profesor de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Derecho Internacional Público y de las Integraciones Regionales en la Universidad Argentina de la Empresa. Ex Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires

decir, los cambios en la sociedad generan cambios en las constituciones, tanto en sus partes dogmáticas (declaraciones de derechos), como en sus partes orgánicas (estructuración de los poderes).

Desde este punto de vista, y haciendo un análisis retrospectivo podemos distinguir tres grandes períodos del constitucionalismo, dos ya agotados y el tercero de ellos en curso. En la presente ponencia, luego de realizar un breve análisis de los mismos, trataremos de vislumbrar cuáles son los desafíos para el tercer milenio.

## 2. PRIMERA ETAPA: CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

### 2.1 Orígenes

Este período comienza con las declaraciones emanadas de las colonias inglesas en Norteamérica previas a la Independencia, de entre las cuales podemos citar las Declaraciones de Virginia<sup>1</sup>, Pennsylvania, Massachusetts, Maryland, etc. Estas Declaraciones abrieron el camino a la declaración de la Independencia de todas ellas, el 4 de Julio de ese año, en que coincidieron en la Declaración de Filadelfia (redactada principalmente por Jefferson), y que sintetiza hermosos conceptos sobre los derechos del hombre<sup>2</sup>: pese a tratarse de un acta declarativa de independencia, contiene en forma expresa una premisa fundamental en materia de derechos: que los mismos son anteriores al Estado, y que los gobiernos se instituyen al solo efecto de garantizarlos. Tan evidente resultaba ese hecho para los norteamericanos, que en 1787, al dictarse su constitución, no incluyeron en ella una declaración de derechos y se limitaron a organizar los órganos de poder. Fueron necesarias las diez primeras enmiendas para incorporar a la ley fundamental una lista de derechos reconocidos y garantizados por el estado.

---

<sup>1</sup> De fecha junio de 1776 «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran al estado de sociedad, no pueden, por pacto alguno, privar o despojar a su posteridad».

<sup>2</sup> «Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados...».

Casi simultáneamente se produjo la Revolución Francesa de 1789 que constituyó un hecho político sin precedentes: el derrocamiento de la monarquía absoluta de origen divino, que llevó a la cristalización en normas jurídicas de las ideas surgidas de la ilustración. El instrumento jurídico resultante de dicha revolución (redactado principalmente por Robespierre) ya desde su título implica una novedad: la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano»<sup>3</sup>, al distinguir entre uno y otro implica afirmar que el hombre posee derechos por el sólo hecho de ser tal, independientemente de su condición de ciudadano de un país determinado<sup>4</sup>.

El acervo ideológico de ambas declaraciones ha influido notablemente en todo el mundo occidental, y encontramos rasgos evidentemente inspirados en ella en todas las constituciones dictadas durante el siglo siguiente en Europa y en América. Lamentablemente, sólo los derechos en ellas consagrados fueron tomados por las constituciones del siglo siguiente, mientras que no tuvieron la misma suerte los principios taxativamente enunciados en la francesa: *Liberté, égalité et fraternité* (libertad, igualdad y fraternidad) que tiñeron de un tinte solidario a los derechos consagrados por la misma, perdurando con toda su fuerza únicamente el de libertad y desdibujándose los otros dos en el marco de la filosofía (y como consecuencia de ella la normativa) individualista que reinó durante el siglo XIX.

## 2.2 Caracteres

Ejemplos de este período, que se denominó Constitucionalismo clásico o liberal son las constituciones de la inmensa mayoría de los países de Latinoamérica que habían conseguido su independencia en la primera mitad del siglo (como la Constitución chilena y la argentina). En ellas

---

<sup>3</sup> **Del 26 de agosto de 1789 Conforme:** Groethuysen, Bernard en «Filosofía de la Revolución Francesa» (Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 193). En el mismo sentido Hubner Gallo, Jorge en **Panorama de los Derechos Humanos**. Eudeba, Buenos Aires, 1976.

<sup>4</sup> Resulta categórica la siguiente expresión del preámbulo de dicha declaración: «Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre...».

se contempla al individuo y se consagran sus derechos como si fuera un ser aislado, solitario y como si no estuviera inmerso en un complejo tramado social en el que casi ningún derecho puede ser considerado absoluto, a riesgo de que la propia amplitud concedida a los mismos impida la convivencia<sup>5</sup>. Otra característica de este período es que se contemplan en las leyes fundamentales tan solo derechos de carácter civil y político, que generan en ambos casos una simple obligación de respeto por parte del Estado, un rol pasivo y una abstención de las autoridades para que el individuo pueda gozarlos. Se habla del «Estado gendarme», es decir un simple guardián de que cada uno pueda gozar de sus derechos. Este esquema de consagración normativa de los derechos humanos de la primera generación sirvió acabadamente para imponer un cambio de filosofía a los gobernantes en el marco de la incipiente organización política de los flamantes estados latinoamericanos; y de los viejos estados europeos que gradualmente se despojaron de las monarquías o del rol paternalista de éstas.

### 2.3 El problema

El principal defecto de las constituciones de este período está dado en lo siguiente: como la corriente del constitucionalismo clásico surgió como una reacción a los excesos de las monarquías absolutas y de los déspotas que se consideraban a sí mismos amos de la vida y de los bienes de sus súbditos<sup>6</sup>, las constituciones surgidas en este período intentaron recubrir al individuo de una caparazón de derechos tan compacta y férrea, que le dieron a los mismos el carácter de casi absolutos. Precisamente la concepción de los derechos como atributos casi absolutos de la persona humana es, en sí misma, una concepción antisocial por cuanto el ejercicio ilimitado de los derechos genera automáticamente una colisión con los demás componentes de la sociedad.

---

<sup>5</sup> Muestra acabada de ello es el Art. 17° de la Constitución argentina: «La propiedad es inviolable y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley», norma que confiere al titular de dominio un derecho casi absoluto («Derecho ilimitado y exclusivo» al estilo savigniano) sobre sus bienes, con la única excepción de la utilidad pública debidamente declarada por el Congreso y previamente indemnizada.

<sup>6</sup> Generalmente se atribuye a Luis XIV, el monarca francés la frase «el estado soy yo».

Por tales motivos, el constitucionalismo clásico fue insuficiente para resolver el problema social que se empezó a manifestar a fines del siglo XIX<sup>7</sup>, y en ese conflicto social los protagonistas eran –justamente– entidades intermedias entre los individuos y el estado. Asimismo, ya no alcanzaba con detener el avance del estado sobre la esfera de autonomía del individuo, pues ese era un problema ya superado y resuelto, lo que se requería era que el estado brindara un mayor bienestar a los individuos y principalmente a la nueva clase social que había nacido: los asalariados.

En otras palabras: garantizada ya la libertad era preciso agregar a ese logro el bienestar de los individuos (la «procura existencial» de que habla la doctrina alemana) y para conseguirlo, nació una nueva corriente.

### 3. SEGUNDA ETAPA: CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

#### 3.1 Orígenes

Como ya expresáramos más arriba, no fueron revoluciones violentas ni declaraciones de independencia las que generaron la necesidad de remozar los esquemas constitucionales, sino el simple devenir de los acontecimientos el que provocó el cambio de ideología desde la última década del siglo XIX y más acentuadamente desde principios del siglo XX, en que la mayoría de la doctrina coincide en fijar el nacimiento del constitucionalismo social.

Ese cambio de ideas se tradujo en los textos constitucionales en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, como producto y efecto mediato de la revolución industrial y del agravamiento de la cuestión social<sup>8</sup>. Los estados comienzan a incluir cláusulas económicas y sociales en sus constituciones, derechos denominados de la segunda generación y definidos como «aquéllos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado con el objeto de reclamar de la

---

<sup>7</sup> Aunque los orígenes remotos de la misma se remontan a fines del siglo anterior cuando se produjo el fenómeno conocido como la «revolución industrial».

<sup>8</sup> García Pelayo, Manuel *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Ed. Alianza, Madrid, 1977, pp. 72 y ss.

autoridad pública el deber de protegerlos»<sup>9</sup>. Las encíclicas *Rerum Novarum* (1891) y –más tarde- la *Quadragesimo Anno* (1931) contribuyeron a dar fundamentación ético-religiosa a la nueva corriente, que llega a su primera expresión normativa en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 (única anterior a la finalización de la Primera Guerra Mundial) y la alemana de Weimar de 1919. Es interesante señalar que casi contemporáneamente a la primera constitución tomada como exponente de este período, esto es en 1917, se produjo la revolución bolchevique en la Rusia zarista, fenómeno éste que interpretamos como una solución distinta (violenta y totalitaria) al mismo problema social que generó en el mundo occidental el nacimiento del constitucionalismo social. En la República Argentina podemos citar como exponentes de este período, a la Constitución de las Provincias de Santa Fe de 1921 y de San Juan de 1927.

### 3.2 Caracteres

Esta nueva corriente obliga al Estado a adoptar una postura activa, en la cual no alcanza con la simple abstención y respeto de los derechos sino que debe asumir un rol activo para mitigar desigualdades y brindar prestaciones<sup>10</sup>. Ya no se habla del «Estado gendarme» como en el siglo anterior, sino del «Estado de bienestar» o Estado benefactor cuyo ejemplo más gráfico fue la política del *New Deal* encarada por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt en ese período<sup>11</sup>.

### 3.3 El Problema

Pero también advertimos en este segundo período un nuevo exceso, al igual que en el constitucionalismo clásico: fue tan vanguardista y avanzada la protección que la mayoría de las constituciones consagraron de los derechos económicos y sociales, que nació el problema de la dificultad para la efectivización de esos derechos. Es decir, si bien la

<sup>9</sup> Cfr. Rey Cantor Ernesto *et al* en **Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos**. (Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 7).

<sup>10</sup> Ver Vanossi, Jorge **El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social**. (Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 358).

<sup>11</sup> A quien se le atribuye la frase: «voy a contratar una cuadrilla de obreros de día para que caven pozos y otra de noche para que los tapen, y con eso se pondrá en marcha la economía».

nueva corriente implicó una adecuada respuesta a las necesidades sociales, se incurrieron en excesos de declamaciones en los textos constitucionales y con ellas se generaron dos problemas: la imposibilidad para los estados de dar respuesta a pero también la dificultad para los individuos de obtener la realización de sus reclamos<sup>12</sup>.

#### 4. TERCERA ETAPA: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

##### 4.1 Orígenes

Luego de la segunda guerra mundial, la Carta de las Naciones Unidas plantea como propósito de la organización –y podemos afirmar que ello es extensible a la humanidad toda- «realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos» (Art. 2º inciso 3). A partir de ese fin, comienzan a darse dos procesos de cooperación que dieron por resultado el surgimiento de dos ramas nuevas del Derecho internacional público: el derecho de la integración o Derecho comunitario, y el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Estas dos ramas del Derecho internacional, adquieren caracteres distintos del derecho internacional general, ya que, por su propio contenido y sus objetivos, deben penetrar directamente en el derecho interno. Por ello se ha generado un giro idiomático nuevo: el «Derecho transnacional», como concepto que engloba y describe la íntima relación existente entre derecho interno y derecho internacional en estas dos ramas específicas del segundo. En otras palabras: tanto el derecho comunitario como el derecho de los derechos humanos son a la vez derecho internacional y derecho interno, las normas internacionales que componen esas ramas del derecho pueden ser invocadas directamente por los particulares ante los tribunales internos, y por otra parte el Estado se encuentran en la obligación de dictar las normas de derecho inter-

---

<sup>12</sup> Por ejemplo: ¿Cómo hacemos para hacer efectivo nuestro derecho a una vivienda digna? En este punto resultan interesantes las enseñanzas de Germán Bidart Campos en «**El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa**», Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, especialmente pp. 130 y ss.

no que sean necesarias para garantizar la efectividad, en su territorio de las normas comunitarias y de Derechos Humanos.

## **4.2 La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos**

### **4.2.1 Introducción**

En el desarrollo histórico de los Derechos Humanos, distinguimos un fenómeno ocurrido a partir de la década de 1970: la recepción, en las constituciones nacionales de Iberoamérica, de instrumentos internacionales de derechos humanos. Hablamos genéricamente «recepción» porque –como veremos– en algunos casos es una simple referencia y en otros es una verdadera incorporación a la Constitución.

- a) Portugal (1976): El Art. 16° de su Constitución dispone que los derechos por ella consagrados deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- b) España (1978): En el Art. 10.2 también hizo referencia a instrumentos internacionales como pauta interpretativa aunque no sólo refiriéndose a la Declaración sino también a los tratados celebrados por ese país en general y especialmente a los tratados en materia de derechos del niño (Art. 39.4).
- c) Perú (1979): En el Art. 105° se establecía que los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional y que sólo podían ser modificados por el mismo proceso que rige la reforma constitucional. Lamentablemente, la reforma de 1993 derogó esa norma y sólo incluyó una cláusula transitoria que establece la interpretación de las normas constitucionales de conformidad con la Declaración Universal y los demás tratados de derechos humanos, similar al Art. 10.2 de la Constitución española.
- d) Nicaragua (1987): Su Constitución otorga a ciertos tratados –enumerados taxativamente– el mismo rango que la Constitución misma.
- e) Brasil (1988): Establece en el Art. 5.2 que los tratados vienen a completar la lista de derechos protegidos por la Constitución.
- f) Colombia (1991): Establece que los tratados internacionales prevalecen sobre el orden interno y, a la vez, que se utilizarán como pauta de interpretación de los derechos en ella reconocidos (Art. 93°).

- g) Guatemala (1994): Su Art. 46° coloca a los tratados de esta materia por encima del derecho interno, y aunque nada dice su relación jerárquica con la Constitución misma, se ha interpretado que comparten la misma jerarquía.
- h) La Constitución Argentina: La reforma de 1994 incluyó en el artículo 75° inciso 22 una conjunción de la mayor parte de los sistemas constitucionales reseñados en cuanto al tema de la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos.

Veamos:

- a. Enumera ciertos tratados, como la Constitución nicaragüense, para asignarles jerarquía constitucional.
- b. Dicho otorgamiento de jerarquía constitucional se asimila al modelo guatemalteco y al colombiano, en cuanto no los incorpora con una simple prevalencia sobre el resto del derecho interno sino que los asimila a la constitución misma.
- c. El párrafo por el que se establece que los derechos contenidos en dichos tratados son «complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos» tiene su fuente de inspiración en la constitución brasileña.
- d. Pero, además, introduce una novedad en cuanto a que el Congreso por mayoría calificada podrá elevar nuevos tratados de derechos humanos a la jerarquía constitucional.
- e. Establece expresamente que para la denuncia de tratados internacionales de derechos humanos se requiere la previa conformidad del Congreso Nacional con los dos tercios de sus miembros.

#### 4.2.2 Caracteres:

Este proceso de recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el máximo nivel jerárquico de la normativa estatal, implica, en cierto modo, volver a la fuente, es decir a la etapa previa a 1945 en que los derechos se protegían solamente mediante normas nacionales, pero con el aditamento de que ya esa consagración normativa es una obligación internacional del Estado. Lo que se había elevado del plano interno al internacional por insuficiencia de aquél, ahora vuelve al plano interno para retroalimentarse del mismo, por cuanto esta jerar-

quía constitucional de la obligación internacionalmente asumida le otorga la rigidez de que gozan las constituciones y deviene así mucho más difícil que un gobierno pueda desligarse de ella por el procedimiento de la denuncia de los tratados, ya que en los casos en que éstos gozan de jerarquía constitucional, la denuncia implica una reforma de ésta o –como mínimo– requerirá mayoría calificada en los congresos de los respectivos países<sup>13</sup>. Asimismo, el proceso sirvió en los países que lo adoptaron para transformar en explícitos o enumerados derechos que antes estaban implícitos o no enumerados, lo cual implica en cierto modo una codificación de costumbres constitucionales que en muchos casos ya existían pero que quedan plasmadas en un texto escrito por obra de la fuente externa.

#### 4.2.3 El Problema

No obstante reconocer que esta tendencia registrada en Iberoamérica resulta ser un satisfactorio avance para la protección de los derechos humanos advertimos que resta aún un largo camino por recorrer. No está solucionado el problema que se plantea con las constituciones nacionales que contienen normas contrarias al Derecho internacional de los Derechos Humanos. En este sentido resultan colacionables dos antecedentes que parecerían marcar un rumbo para intentar la compatibilización de ambas:

- a) La aleccionadora postura de Costa Rica al consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes de reformar su Constitución en el tema de la nacionalidad y naturalización, para que ésta se expida sobre si la reforma planeada contradecía o no a la Convención Americana; y que diera origen a la Opinión Consultiva N° 4. Ello implicó un reconocimiento del Estado de Costa Rica de que por encima de su Constitución se encuentra la Convención Americana.
- b) La Manifestación de esa misma Corte en la Opinión Consultiva N° 8, que el hábeas corpus (como una de las especies de la acción genérica de amparo) no resulta suspendible en los estados de emergencia, y que aquellas constituciones que así lo posibilitan deben

---

<sup>13</sup> Así lo prevé expresamente la Constitución Argentina en el Art. 75° inc. 22.

considerarse incompatibles con el derecho internacional<sup>14</sup>. Creemos que –si bien tímidamente– la Corte Interamericana esbozó el principio de la supremacía del Derecho internacional de los Derechos Humanos (o al menos el que surge de la Convención Americana) por sobre el derecho constitucional.

### 4.3 La recepción del Derecho de la integración en el Derecho interno

Como sostuviéramos más arriba, la otra gran rama del Derecho internacional en la que se manifiesta la «transnacionalidad» o la «internacionalización» del derecho constitucional (denominación, esta última, por la cual nos inclinamos), es el derecho de la integración. Como el análisis general de la recepción del derecho de la integración en el derecho interno nos llevaría a analizar todos los sistemas de integración del orbe (v gr. Unión Europea, Comunidad Andina, Nafta, etc.) limitaremos nuestro análisis al Mercosur y a las cuatro constituciones de los estados miembros.

#### 4.3.1 La Constitución de la República Federativa de Brasil

Son dignas de tratamiento las siguientes normas:

Artículo 4°: «La República Federativa de Brasil procurará la integración económica política, social y cultural de los pueblos de América Latina, proponiéndose la formación de una comunidad latinoamericana de naciones».

Artículo 171°: «... En la adquisición de bienes y servicios, el Poder Público dará tratamiento preferente, según disponga la ley, a la empresa brasileña de capital nacional».

Artículo 176°: «... N° 1 La búsqueda y extracción de recursos minerales y el aprovechamiento de los potenciales a que se refiere ... este artículo solamente podrán efectuarse por autorización o concesión de la Unión, en el interés nacional, por brasileños o empresa brasileña de capital nacional, según la ley...».

Artículo 177°: «Constituyen monopolio de la Unión: I. La prospección y la extracción de petróleo y gas natural y otros hidro-

---

<sup>14</sup> Opinión Consultiva N° 8 Parágrafo 43.

carburos fluidos. II. La refinación del petróleo... III. La importación y exportación de los productos y derivados básicos... IV. El transporte marítimo del petróleo bruto de origen nacional ... 1°) ... Se prohíbe a la Unión ceder o conceder cualquier tipo de participación ... en la explotación de los yacimientos de petróleo o gas natural...».

Artículo 178°, Parágrafo 2°) «Serán brasileños los armadores, los propietarios, los comandantes y dos tercios, al menos, de los tripulantes de embarcaciones nacionales. 3°) La navegación de cabotaje y la interior serán privativas de embarcaciones nacionales, salvo caso de necesidad pública según disponga la ley».

Artículo 190°: «La ley regulará y limitará la adquisición o el arrendamiento de propiedad rural por persona física o jurídica extranjera y establecerá los casos que necesitarán autorización del Congreso Nacional».

Podemos apreciar sencillamente que la pretenciosa declamación del Art. 4° queda totalmente desvirtuada con el contenido de las demás normas transcritas, que revelan a las claras el proteccionismo brasileño en temas clave como la adquisición de bienes y servicios, la titularidad de los recursos naturales, de los hidrocarburos, de la propiedad rural, y de la navegación, etc. Estos escollos son insalvables sin una enmienda constitucional. Para peor de males, en el caso brasileño, los jueces no cuentan con la posibilidad de servirse de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados para fundar su cambio de jurisprudencia (como hiciera, por ejemplo, la Corte Suprema argentina en el fallo «Ekmekdjian c/ Sofovich»<sup>15</sup> en el que se aceptó la superioridad jerárquica del tratado sobre la ley) ya que Brasil no es parte en la misma, por lo que deberán acudir al derecho internacional consuetudinario y al principio *pacta sunt servanda*.

4.3.2 La Constitución de la República Oriental del Uruguay en su Art. 6° reza:

«En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre

<sup>15</sup> Publicado en la Ley N° 1992-C:543.

las partes contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos».

Al ser tan escueta en lo referente a tratados internacionales y su relación jerárquica con el derecho interno, la Constitución uruguaya resulta más flexible y adaptable jurisprudencialmente.

#### 4.3.3 Las Constituciones de Argentina (Reformada en 1994) y de Paraguay (Reformada en 1992):

Optamos por el tratamiento conjunto de éstas por ser las más afines entre sí y las más permeables al derecho comunitario. Analizaremos primero el tema de los tratados en general y luego los tratados de integración en particular. La Carta Magna paraguaya, en lo referente al primer tema establece:

Art. 137°. De la Supremacía de la Constitución: «La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado... Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución».

La norma resulta similar al juego armónico de los artículos 27° y 75° inciso 22 de la Constitución Argentina, que a continuación se transcriben<sup>16</sup>:

<sup>16</sup> Omíttimos referirnos al artículo 31° de la Constitución argentina (inspirado en el Art. VI párrafo 2 de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica) por cuanto entendemos que el mismo carece de aclaración alguna en cuanto al orden jerárquico entre los tres tipos de normas referidos, o si del orden literal utilizado puede derivarse al orden jerárquico; lo cual ha llevado a la Corte Suprema a una jurisprudencia cambiante en su interpretación, habiendo sostenido sucesivamente distintos criterios de jerarquía, hasta la reforma constitucional de 1994: hizo falta

Artículo 27°: «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».

Artículo 75°: «Corresponde al Congreso: ... Inciso 22: ... aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y... con la Santa Sede. Los tratados... tienen jerarquía superior a las leyes...».

Queda en claro, entonces, que la pirámide jurídica básica es idéntica en ambos países: 1°) Constitución; 2°) Tratados; 3°) Leyes. Observamos que existe una contradicción entre dichas pirámides de jerarquía normativa y el principio básico de supremacía del Derecho internacional sobre el derecho interno y más especialmente el de primacía del derecho comunitario sobre el interno. En efecto, fundándose en dicho orden jerárquico, un juez nacional podría declarar la inconstitucionalidad de un tratado, generando así la responsabilidad del Estado por violación al mismo. La gravedad del tema se acentúa si tenemos en cuenta que en ambos países existe un sistema difuso de control de constitucionalidad, donde cualquier juez del país puede declararla, y los casos sólo pueden llegar al máximo tribunal por vía del recurso extraordinario. Distinto sería si existiera una única Corte Constitucional, ya que sentado por ésta un determinado criterio en cuanto a la no revisibilidad en sede interna de la constitucionalidad de normas primarias o secundarias del derecho de la integración, quedaría superado el escollo.

Al respecto encontramos que la jurisprudencia argentina recién comenzó a tener en cuenta el contrasentido que implicaba someter el derecho internacional a la discrecionalidad de los poderes constituidos en el año 1992, en el ya citado fallo «Ekmekdjian c/ Sofovich» al aplicar el Art. 27° de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados<sup>17</sup>, y a partir de allí comenzó la preocupación de la doctrina en lo atinente a la referida norma.

---

la aclaración incorporada ese año en el Art. 75° inc. 22 para cristalizar la superioridad jerárquica del tratado sobre la ley.

<sup>17</sup> Lamentablemente, se interpretó dicha norma como una novedad en materia internacional y vigente sólo desde 1980, en que entró en vigor la referida

En lo atinente en forma específica a Tratados de Integración, la Constitución del Paraguay reza:

Art. 145°. Del orden Jurídico Supranacional: «La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso».

El Art. 75° inciso 24 de la Constitución Argentina establece:

«Corresponde al Congreso ... 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. La aprobación de estos tratados con estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara...»

Encontramos similitudes: a) La referencia a las condiciones de igualdad; b) El respeto por los Derechos Humanos; c) Otros valores fundamentales tales como la paz y la justicia en el caso paraguayo y la democracia en el argentino; d) La mayoría calificada exigida para la aprobación por el Poder Legislativo. Es decir, en ninguno de los dos textos se hace una apertura indiscriminada a la integración con otros estados, sino que se incluyen requisitos cualitativos (igualdad, derechos humanos, paz, democracia, etc.) y cuantitativos (mayorías especiales) para posibilitar la ratificación de los tratados.

Pero también encontramos diferencias: el ordenamiento paraguayo habla de «supranacionalidad», lo cual creemos que tiene un alcance más amplio que la supralegalidad que le da nuestra constitución al derecho comunitario. Para explicar el punto es preciso formular ciertas precisiones: en primer lugar, si bien la constitución paraguaya contiene una nor-

---

Convención, cuando la misma ya existía como norma consuetudinaria desde mucho tiempo antes. Discrepamos en absoluto con tal postura, por cuanto la referida norma ya era obligatoria por vía de costumbre, antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1969, que lo único que hizo fue codificarla.

ma que claramente coloca a los tratados por debajo de la constitución (Art. 137°) se refiere luego, en el Art. 145° a «supranacionalidad». Si interpretamos que ello implica colocar al derecho comunitario como jerárquicamente superior a la constitución, el Art. 145° sería una excepción al Art. 137°, lo cual no resulta del todo descabellado, toda vez que recubre de una telaraña de requisitos a los tratados de integración, que garantiza cualquier desviación y que los tiñe de un tinte de excepcionalidad. Es lógico pensar que, cumplidos dichos requisitos al momento de su aprobación, no serán luego sujetos a control judicial. Si, por el contrario, desglosamos la «supranacionalidad» en los conceptos que la doctrina y jurisprudencia europeas entienden incluidos en ella, es decir: a) Supremacía. b) Aplicación inmediata. c) Aplicación directa<sup>18</sup>, podemos llegar a dejar a salvo la supremacía de la Constitución paraguaya sobre el derecho comunitario originario (y más aún sobre el derivado, ya que el Art. 137° se refiere solo a «Tratados» y el 145° no aclara a qué tipo de normas se refiere) y entender que el Art. 145° recepta los principios de aplicación inmediata y directa<sup>19</sup>.

En cuanto a la Argentina, la ya señalada contradicción de que los jueces puedan declarar inconstitucionales las normas contenidas en los tratados se agrava al aplicarla a normas de derecho comunitario, pues se convierte en «disolvente» o «desintegradora», ya que atenta contra la base misma del sistema de integración. En segundo lugar, apreciamos que dado el grado de desarrollo que posee en el presente el Mercosur, la

<sup>18</sup> Entendiendo aplicación inmediata como recepción automática del derecho comunitario, sin norma que lo adapte o incorpore al orden interno. Y aplicación directa como derecho aplicable por jueces nacionales.

<sup>19</sup> No obstante, se trata de interpretaciones que formulamos en forma tentativa, ya que –hasta donde sabemos– no existe aún una línea jurisprudencial en el vecino país que aclare el tema; y la ideología jurídica de sus operaciones constitucionales no parece ser tan permeable: El Sr. Presidente de la Excma. Corte de Justicia, Dr. Enrique Sosa, ha opinado: «La obligatoriedad que surge de los laudos ... constituye en cierto modo una obligación de carácter moral. En el estado actual ... cabe la posibilidad de que se dé preeminencia al derecho interno, y fundamentalmente a la Constitución como norma superior a la que deban sujetarse todas las demás normas, incluyendo los tratados. Pero obviamente sería importante que se produjera un avance y se estableciera en forma definitiva el carácter supranacional de las normas del Mercosur, de tal modo que toda la legislación interna se sometiera a las normas de la integración». (reportaje publicado en la revista de **Derecho del Mercosur**, Editorial La Ley, Año 1 N° 1, mayo 1997, p. 187.

norma constitucional resulta más avanzada que el propio sistema de integración. En efecto, la Constitución Argentina recepta tanto al derecho comunitario originario como al derivado<sup>20</sup> con jerarquía superior a las leyes, pero ocurre que ni el Grupo Mercado Común, ni el Consejo, ni la Comisión de Comercio, pueden considerarse órganos comunitarios que generan normas sino que constituyen foros de discusión para la celebración de acuerdos en forma simplificada<sup>21</sup>. Entendemos, por lo tanto que el constituyente argentino de reforma previó la futura evolución del Mercosur y por ello incluyó en forma expresa en el texto del Art. 75° inc. 24, el derecho comunitario derivado y no guardó el silencio que encontramos en la Constitución paraguaya.

#### 4.2.4. El problema

El camino a recorrer para lograr la integración requiere dos cambios: a) La compatibilización de las constituciones para que los textos fundamentales de cada país no generen desigualdades en cuanto a la recepción de las normas que generen los órganos comunitarios. b) La permeabilización de las constituciones, para que permitan el ingreso sin escollos de las normas internacionales de derecho comunitario originario y derivado. Si nos atenemos estrictamente a la normativa constitucional vigente hoy en día en los estados miembros del Mercosur, las posibilidades lamentablemente no son halagüeñas, ya que existen profundas asimetrías en las constituciones que sólo podrán ser eliminadas mediante enmiendas constitucionales.

---

<sup>20</sup> El concepto de derecho originario (o primario) y derecho derivado (o secundario) ya era utilizado por los internacionalistas refiriéndose a la Carta de Naciones Unidas (primario) y a las resoluciones emanadas de sus órganos (secundario). Ver Diez de Velasco **Curso de Derecho Internacional Público**, Ed. Tecnos, Madrid, 1963, p. 164. La terminología fue luego receptada en todos los sistemas de integración, así Luis Sáchica se refiere al «Derecho andino primario» y al «Derecho andino secundario». Ver: Rey Cantor, Ernesto *et al* **Acción de Cumplimiento y Derecho Humanos** Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 48.

<sup>21</sup> Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos «Dotti Miguel s/ Contrabando de Mayo 7 de 1998, publicado con nota al pie de nuestra autoría («El Derecho Comunitario ante la Corte Suprema») en **Doctrina Judicial** (Editorial La Ley, Buenos Aires), año XIV, N° 38 del 23-9-98.

## **5. CONCLUSIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRENTE AL TERCER MILENIO**

Hemos señalado durante el desarrollo de la presente ponencia los distintos problemas con que se encuentra el Derecho constitucional en su actual etapa. Justamente la superación de esos problemas es el desafío de nuestra ciencia para el tercer milenio.

Tal vez hoy nos resulte extraño que la Constitución nacional de un país deba «adecuarse» a otra norma jurídica –cualquiera fuese el origen de ésta- ya que siempre realizamos el razonamiento opuesto: son las demás normas las que deben adaptarse a la Constitución. Esa estructura de razonamiento debe ser quebrada y reconocemos la dificultad de esa empresa que nos ocupa a quienes somos docentes de Derecho constitucional.

Sintetizando pues, entre los desafíos que –entendemos- depara el siglo próximo al Derecho constitucional tenemos:

- 1) Atemperar el individualismo de las normas que aún permanecen en las constituciones sancionadas durante el período del constitucionalismo clásico o bajo su influencia (resabio aún existente de la primera etapa del constitucionalismo).
- 2) Buscar mecanismos procesales para lograr la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados por las constituciones inspiradas en el constitucionalismo social (resabio de la segunda etapa).
- 3) Crear mecanismos para amoldar las constituciones a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, sea mediante la flexibilización de las mismas, como ocurre por ejemplo en Holanda, o mediante un control previo a la ratificación de los tratados en el cual un tribunal se expida acerca de la adecuación de la constitución al mismo, como ocurre por ejemplo en España, y recomiende la enmienda constitucional.
- 4) A los efectos de posibilitar y agilizar la integración económica y social creemos necesario: a) La compatibilización de las constituciones de los países que participan en un mismo bloque integracionista, para que los textos fundamentales de cada país no produzcan desigualdades en cuanto a la recepción de la normas que

generen los órganos comunitarios. b) La permeabilización de las constituciones, para que permitan el ingreso sin escollos de las normas internacionales de Derecho comunitario originario y derivado, dándole a estas una jerarquía superior a sí mismas.

Claro está que no son éstos los únicos problemas ni los únicos desafíos que el siglo entrante le depara al Derecho constitucional, pues podrían sumarse un sinnúmero de problemas aún no resueltos por las constituciones, entre los cuales destacamos –como los más acuciantes– la corrupción de los gobiernos y los abusos de poder llevados a cabo por gobernantes pseudo-democráticos; problemas para los cuales aún no existen remedios eficaces. Pero la óptica con que se encara el presente trabajo y los límites que necesariamente debe observar el mismo, nos impiden desarrollar esos puntos.