

El Derecho Comunitario y la reforma constitucional

Enfoque en el Derecho Argentino

Germán J. Bidart Campos

Profesor de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

1. El tema a desarrollar se refiere a la integración de los estados en organizaciones supraestatales, con todas sus consecuencias. Se suele dar el nombre de Derecho Comunitario Primario al tratado internacional que sirve de marco a la integración para los estados que se hacen parte en el sistema; y Derecho Comunitario Secundario al conjunto de decisiones que emanan de los órganos de la comunidad supraestatal.

Para comprender el problema es útil atender al modo como lo resuelve el Derecho Internacional, y al modo como lo resuelve el Derecho Interno de cada estado.

En el ámbito del Derecho Internacional hay un principio básico, que es aplicable también en áreas ajenas al Derecho de la Integración y, por supuesto, en el Derecho Comunitario. Ese principio es el de la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno que, en cuanto al Derecho Comunitario atañe, significa que el tratado de integración (Derecho Comunitario Primario) y el Derecho Comunitario derivado (Derecho Comunitario Secundario) tienen prelación sobre el derecho interno.

La expresión de este principio aparece claramente en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que está incorporada al Derecho argentino.

2. Cuando la cuestión se traslada al Derecho Interno, no es uniforme la solución que le asigna cada estado, si bien es un fenómeno normal en el constitucionalismo contemporáneo que las constituciones prevean y habiliten a los estados a formar parte de organizaciones supraestatales, incluso con transferencia de competencias internas a los órganos de la comunidad. La constitución argentina reformada en

1994 da testimonio de ello en su artículo 75 inciso 24. Dejamos de lado el caso de una constitución que admita la prioridad del Derecho Internacional sobre todo el Derecho Interno, incluida la misma constitución, porque tal supuesto sintoniza bien con el principio de la primacía del Derecho Internacional que está en vigor en el Derecho Internacional.

Las desafinidades aparecen, con niveles distintos, cuando las constituciones asignan al Derecho Internacional el mismo rango que ellas invisten, y cuando al Derecho Internacional le reconocen solamente nivel infraconstitucional -en todo caso, supralegal-. Hablamos de desafinidades porque en tales supuestos la solución que depara el Derecho Interno no es la misma que, según vimos, adopta el Derecho Internacional.

Desde nuestro punto de vista, esa misma asimetría no queda subsanada cuando se sostiene que, de cara al Derecho y a la jurisdicción internacionales, el estado que antepone su Derecho Interno asume responsabilidad internacional si acaso incumple un tratado en su jurisdicción interna so pretexto -por ejemplo- de que es inconstitucional.

Y no se subsana porque actualmente hay categorías de tratados que, a diferencia de los clásicos del Derecho Internacional común, tienen como finalidad aplicarse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna de los estados que se hacen parte en ellos. Un caso es el de los tratados sobre derechos humanos, que tienen como efecto directo sobre el Derecho Interno el de investir con la titularidad de esos derechos a las personas que forman parte de la población del estado o que se hallan sujetas a su jurisdicción, y el de obligar a hacerlos efectivos, adecuando -si es menester- el Derecho Interno incompatible o discordante con las disposiciones del tratado. El otro caso es el que ahora nos

ocupa, porque ya adelantamos que el destino del Derecho Comunitario es aplicarse directa y automáticamente en la jurisdicción interna de los estados integrados a la organización supraestatal.

Conviene advertir que tanto en el supuesto de los tratados sobre derechos humanos como en el del Derecho Comunitario, el problema se agudiza en la medida en que existen tribunales supraestatales que tienen competencia para conocer de las violaciones en que incurren los estados cuando en sus propias jurisdicciones no aplican o conculcan las normas internacionales.

3. Esta muy somera descripción introductoria nos muestra un sesgo novedoso en el Derecho Internacional de fin de siglo, con proyecciones trascendentales en el Derecho Interno.

Bien se puede afirmar que hoy se nos presenta la paradoja de que los estados, internamente, tienden a la descentralización y a las autonomías regionales y locales, sea bajo la forma del federalismo, sea en los estados autónomos o fédero-regionales, sea en las autonomías municipales. Es como una fuerza centrífuga que, a veces, hasta anida tendencias disociativas, segregacionistas o separatistas, explicables ante diferencias étnicas, religiosas, raciales, culturales, etc. Simultáneamente, de fronteras afuera, la fuerza centrípeta acusa el fenómeno de la integración, con matices variables, del que es ejemplo la Unión Europea constituida por el Tratado de Maastrich de 1992.

Hay quienes hasta llegan a atisbar un eclipse o una paulatina desaparición del estado, sin asumir el dato cierto de que siguen saliendo estados los que se integran a organizaciones comunitarias y que, aun en los movimiento divisionistas, las entidades que dejan de formar parte de la que hasta ese momento las tenía unidas a ella, se constituyen como estados independientes; la desaparición de la Unión Soviética y la subsistencia de sus partes como nuevos estados independientes es quizá el ejemplo contemporáneo más evidente⁽¹⁾.

Lejos, pues, de plegarnos a visiones o profecías sobre la extinción del fenómeno político «estado», creemos que se trata de realidades a las que debemos repensar para acomodarlas a su nueva fisonomía y a las necesidades de las sociedades actuales.

4. El «aggiornamento» que, como consecuencia, tiene que reajustar viejas nociones que hasta hace poco eran casi intangibles en la doctrina internacional y constitucional se nos hace imperativo, si es que no queremos renunciar a las transformaciones sociales y al ritmo del tiempo histórico que nos toca vivir.

Viene bien insinuar que en una curiosa intersección asistimos, guste o no, a una constitucionalización del Derecho Internacional y a una paralela internacionalización del Derecho Constitucional, expresiones éstas que tienen como sentido el de hacernos ver cómo múltiples contenidos de fuente internacional ingresan al Derecho Constitucional, y cómo numerosos contenidos del Derecho Constitucional son asumidos por el Derecho Internacional. Tal es el caso del sistema de derechos humanos que, sin sustraerse al Derecho Interno de los estados, hace parte ahora del Derecho Internacional de los derechos humanos, produciendo como consecuencia la de no ser ya una cuestión reservada a la jurisdicción interna exclusiva, sino concurrente o compartida entre cada estado y la jurisdicción internacional⁽²⁾.

5. Estos puntos de tangencia hacen ya imposible las retracciones, los ensimismamientos y los autismos de los estados, para lo cual tampoco es viable erigir en dogmas doctrinarios intangibles a los principios que fueron elaborados en épocas cuya fenomenología difería en mucho de la actual. Nociones sobre la soberanía, el poder constituyente, la supremacía de la constitución, etc., demandan que, sin abdicar de lo que retienen de permanente, se acomoden a los tiempos que corren en este despuntar del siglo XXI, y se adecúen al perfil que exhibe hoy la ya señalada confluencia del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional.

Para despejar resquemores, hemos de recordar que, por ahora, el Derecho Internacional -ni siquiera en sus contenidos de mayor refracción en el Derecho Interno, como son los del Derecho de los Derechos Humanos y del Derecho Comunitario- entra a formar parte del Derecho Interno si no concurre para ello la decisión del estado que le da recepción conforme a los mecanismos y a la jerarquía que prevé su constitución. Sigue siendo ésta la cúspide del ordenamiento jurídico interno en cuanto es ella la que, como fuente primaria, habilita el ingreso del Derecho Internacional y la transferencia de competencias, la que define cuál es el rango en que se

(1) BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. Tomo II. Ediar. Buenos Aires, 1993, págs. 392/4, Nos. 42-45.

(2) BIDART CAMPOS, Germán. La interpretación del sistema de Derechos Humanos. Ediar. Buenos Aires, 1994.

ubica el Derecho Internacional incorporado, la que consiente acatar decisiones y jurisdicciones supraestatales, etc.

Este breve enunciado prueba que no quedan marginados ni el poder constituyente ni la supremacía de la constitución, bien que adquieren una fisonomía distinta la que tales nociones recibieron de la doctrina y del constitucionalismo en épocas pretéritas. De rechazarse el reajuste, la persistencia de esas mismas nociones desprovistas de «*aggiornamento*» se tornan -al menos desde nuestra perspectiva- anacrónicas. Y otra vez asoma el riesgo del autismo⁽³⁾.

6. No nos es difícil entender que una vez que el estado, por su propia decisión y voluntad, ingresa a un sistema internacional (universal o regional) de derechos humanos, o se integra a una comunidad supraestatal, debe atenerse al principio de la lealtad y de la buena fe y que, de inobservar o vulnerar en su jurisdicción y su Derecho internos las obligaciones emergentes de las referidas incorporaciones por él consentidas, no puede ni debe alegar incompatibilidad con su Derecho Interno. De haber existido éstas, hubo de preverlas y, en todo caso, remediarlas, con anterioridad a la asunción de sus obligaciones internacionales. Traerlas a colación después, se asemeja mucho a volver -contradiéndolos- contra sus propios actos. Y esto riñe con el principio del «*venirse contra factum proprium non valet*», sin necesidad -quizá- de acudir al de la primacía del Derecho Internacional, que ya mencionamos al comienzo.

7. Desde mucho antes de la reforma constitucional de 1994, veníamos sosteniendo que uno de los temas que nos parecía imprescindible encarar a la hora de introducir enmiendas a nuestra constitución histórica era el de la integración. Estábamos ya en los primeros tramos del itinerario del Mercosur, y debían preverse las consecuencias.

La Convención Constituyente, que tenía asignado ese tema entre los que el congreso le habilitó cuando por Ley 24.309 declaró la necesidad de la reforma, insertó en el que era artículo 67 -ahora artículo 75- un inciso, que lleva el No. veinticuatro, y que figura entre las competencias del Congreso.

En la textura ordenada de la constitución, dicha cláusula no se encuentra seguramente en el lugar

más ajustado a su sentido y alcance, pero hay que recordar que conforme a la Ley citada la Convención tenía prohibida toda modificación a los treinta y cinco primeros artículos (en rigor, treinta y seis por la adición que en 1957 se hizo del artículo 14 *bis*).

8. La nueva norma le atribuye al Congreso la facultad de aprobar tratados de integración que «deleguen» competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

Acá habilita las transferencias para los fines de la integración a que un tratado determinado se refiera. Es importante destacar que la autorización requiere condiciones de reciprocidad e igualdad, y respeto al orden democrático y los derechos humanos.



Decimos que esto es importante ya que, por el artículo 75 inciso 22, once instrumentos internacionales de derechos humanos han merecido obtener directamente de la constitución lo que la norma denomina «jerarquía constitucional», o sea, el mismo rango de la constitución suprema⁽⁴⁾, y que en el futuro otros tratados de derechos humanos podrán alcanzarlo mediante el procedimiento que el mismo inciso 22 prescribe. Por ende, que la incorporación a una organización comunitaria deba, en virtud del inciso 24, condicionarse al respeto hacia el orden democrático y los derechos humanos, tiende a evitar que en el Derecho Interno

(3) BIDART CAMPOS, Germán. Op. cit., tomo I, capítulo IV, parágrafo II; tomo II, capítulo XXXVI, parágrafo III.

(4) Ibidem, Tomo VI «La Reforma...», capítulo XIII, especialmente parágrafo VII.

argentino puedan originarse conflictos si es que el Derecho Comunitario desconociera o violara derechos que provienen de fuente internacional. Es sabido que el Derecho de la integración no tiene como finalidad el reconocimiento y la protección de los derechos, pero que debe respetarlos, y ello ha suscitado la búsqueda de soluciones congruentes en la doctrina y en la jurisprudencia⁽⁵⁾.

9. Esa solución en el derecho argentino obliga a coordinar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Comunitario. El primero reviste jerarquía constitucional en los once instrumentos taxativamente enumerados en el inciso 22, y en los que eventualmente la alcancen en el futuro; los demás, sólo tienen reconocido un rango superior a las leyes por el mismo inciso. El tratado de integración -como tratado que es, pero no de derechos humanos- prevalece sobre las leyes, en un nivel infraconstitucional, pero ésa es la solución general que la constitución adopta para los tratados internacionales y los concordatos; y el Derecho Comunitario secundario ha recibido igual tratamiento cuando el inciso 24 dice que las normas dictadas en su consecuencia (del tratado de integración) tienen jerarquía superior a las leyes. De haber conflicto entre un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional y una norma del Derecho Comunitario, la constitución prioriza al primero sobre la segunda, con lo que los niveles disímiles resolverían la eventual divergencia en nuestro Derecho Interno, pero ignoramos qué ocurriría en la jurisdicción internacional, pues reiteramos que en ésta rige el principio general de la primacía del Derecho Internacional -de cualquier índole- sobre el Derecho Interno.

Nuestra propuesta era distinta a la solución que la reforma escogió. Postulábamos acoger el mentado principio de la primacía del Derecho Internacional y, como lo acabamos de señalar, el inciso 24 del artículo 75 no superó la subconstitucionalidad del tratado de integración y su Derecho Comunitario derivado, conformándose con ubicar a ambos en un plano superior al de las leyes.

10. Otra cuestión que ocupa a la doctrina argentina es la de la rigidez de la constitución porque, aun cuando el artículo 30 no fue modificado, no falta quienes dudan

si aquella rigidez subsiste tal cual era antes de la reforma. En efecto, uno de los casos que siembra esa duda aparece en materia de integración, ya que el segundo párrafo del inciso 24 la regula, asumiendo todas las consecuencias, e imponiendo procedimientos especiales para la aprobación del tratado según se celebre con estados de Latinoamérica o con otros estados, y esto es lo que induce a suponer que, por los mismos efectos constitucionales que irroga la integración, el fenómeno tiene recepción por decisión del poder constituido y no del poder constituyente, con lo que -para el caso- la rigidez habría dado paso a la flexibilidad o, sin desaparecer, se habría atenuado.

De todos modos, y cualquiera sea la conclusión doctrinaria sobre el punto, estamos personalmente seguros de que es la propia constitución surgida del poder constituyente -que la reformó en 1994- la que ha asumido la habilitación para que la República Argentina se integre a organizaciones supraestatales y consienta todas las consecuencias que son habituales en el Derecho Comunitario, lo que no nos inquieta porque, ya lo recordamos, nuestra propuesta personal era todavía más audaz en la solución⁽⁶⁾.

11. Por fin, hemos de tener en cuenta que la denuncia internacional de los tratados de integración tiene previsto, en analogía con la aprobación, un procedimiento especial en el ámbito del congreso.

12. De acuerdo con el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario se incorpora automáticamente al Derecho Interno de los estados que se han integrado a la comunidad. Cuando, en discordancia con el Derecho Internacional, solamente prevalece sobre las leyes -tal como lo dispone el artículo 75 inciso 24- la aplicación directa puede llegar a entorpecerse si acaso se discute su constitucionalidad y se obtiene un pronunciamiento judicial declarativo de inconstitucionalidad.

Aconsejábamos que, una vez prevista en la constitución la habilitación para ingresar a organizaciones comunitarias supraestatales, el control interno de constitucionalidad debía quedar inhibido, porque tales organizaciones requieren la armonía solidaria de las partes que las integran, entre sí, y con el todo. La arquitectura de conjunto puede entrar en crisis, deteriorarse y disfuncionalizarse si uno o más estados

(5) Cfr. KEMELNAJER DE CARLUCCI, Aída. «Derecho Comunitario y Derecho Constitucional». En: A.A.V.V. «Integración regional». Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, San Juan, 1994, pág. 35.

(6) Sobre la rigidez de la constitución puesta en duda, ver nuestra tesis en Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. Op. cit., tomo VI «La Reforma...», capítulo III, parágrafo III. También página 591.

desaplican o incumplen en sus jurisdicciones las normas comunitarias. Y esto podría ocurrir en el caso de que fueran descalificadas por inconstitucionales, sobre todo si la sentencia que así lo hiciera emanara de nuestra Corte Suprema.

13. La bisagra unitiva del Derecho Comunitario con el Derecho Constitucional está expuesta, por ende, a la fragilidad, desde que la reforma constitucional no condujo a soldarla sin posibilidad de asimetrías. Seguramente, gravitó la carga de aquellas nociones clásicas

en el constitucionalismo de antaño que, como lo aseverábamos antes, están urgidas por la necesidad de revisión y reajuste. Hemos dado un paso adelante con la cláusula sobre integración, pero el inciso 24 no llegó a la desembocadura que el Derecho Internacional impone en esta materia.

Es de esperar que ello no nos origine conflictos estériles que puedan frustrar la teleología de la integración y del Derecho Comunitario. Cuando se conoce y examina la jurisprudencia internacional se puede comprender bien el sentido de nuestras prevenciones. 卟