LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN

DERECHO COMUNITARIO VERSUS DERECHO INTERNO. PRIMACÍA O NO DE LA CONSTITUCIÓN

*Comunicación del académico Dr. Germán J. Bidart Campos,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 12 de julio de 1995*

LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN

DERECHO COMUNITARIO VERSUS DERECHO INTERNO. PRIMACÍA O NO DE LA CONSTITUCIÓN

Por el académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Mis colegas que también son miembros de la Academia de Derecho, seguramente hace dos años, creo, me escucharon decir algunas cosas que voy a repetir ahora insertándolas dentro del tema de la integración. Son reflexiones informales. Para comenzar quería decir que recientemente he podido (el año pasado) consultar algunas cosas nuevas muy valiosas, por ejemplo un trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci que se llama "Derecho Comunitario y Derecho Constitucional" en un libro colectivo que publicó la Universidad de San Juan, titulado *Integración Regional - Perspectivas para Latinoamérica*; también la Dra. Kemelmajer publicó en "El Derecho", en el tomo 148, un trabajo muy bueno, muy ilustrativo que se llama *El Juez frente al Derecho Comunitario*; fue la intervención que ella tuvo en Mendoza cuando el Dr. Pérez Guilhou realizó las jornadas conmemorativas del 10° aniversario del Instituto que él dirige. Pude también valerme de un trabajo y una ponencia de un profesor español. Es un trabajo de Carlos Ruiz Miguel, una ponencia que presentó al 5° Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se realizó el año pasado en Querétaro (México) y luego un trabajo que publicó en la Revista Andaluza de Administración Pública de la Universidad de Sevilla, que se llama *Los derechos fundamentales en la*

relación del Derecho Comunitario y el ordenamiento nacional. Ya el Dr. Badeni dio el marco general de los tratados en la comunicación que tenemos en fascículo. No me toca a mí hablar sobre los tratados de derechos humanos, pero alguna de las cosas que voy a decir muestran la afinidad entre lo que yo genéricamente llamo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Contemporáneo y el Derecho Comunitario. El Derecho Comunitario suele dividirse en Derecho Comunitario Primario, que es el tratado marco de integración, y el Derecho Comunitario Secundario, que son las decisiones de los órganos de la comunidad de la organización supraestatal.

Estamos asistiendo a fenómenos relativamente nuevos y acá se da entonces la intersección entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las integraciones comunitarias supraestatales, porque desde la Carta de Naciones Unidas en adelante, hasta hoy, los Estados que se hacen parte en tratados internacionales sobre derechos humanos están mostrando, desde mi punto de vista, que el tema de los derechos humanos ya no es un tema de jurisdicción reservada o exclusiva de los Estados sino de jurisdicción concurrente con la jurisdicción internacional; y en el caso de los tratados de integración y del derecho comunitario derivado también de alguna manera se nos presenta el ingreso o la infiltración (si preferimos la palabra) del derecho comunitario secundario en el derecho interno, lo cual trae muchísimos problemas.

El tema de la integración nos muestra, esto lo digo muy rápido, en la fisonomía del Derecho Internacional y del Derecho Comparado, dos tendencias que a algunos les pueden parecer contradictorias entre sí: por un lado, hacia adentro, los Estados muestran una fuerza centrífuga en el sentido de acentuar las autonomías locales; los Estados fédero-regionales por ejemplo (para no citar los Estados federales clásicos) fédero-regionales como los llamó Pedro Frías, u otro tipo de autonomías locales y las autonomías municipales. Tenemos un ejemplo reciente: Bélgica se ha convertido en un Estado federal; y hacia afuera, más bien, el rasgo es el de una fuerza centrípeta, el de Estados que de alguna manera se unen para integrarse en comunidades supraestatales; el ejemplo clásico es el Tratado de Maastricht de 1992 con la Unión Europea. Alguna vez oí decir que esto significaría un eclipse del Estado como forma de organización política, con

lo cual yo personalmente no estoy de acuerdo porque los Estados siguen subsistiendo; si dentro del Estado la fuerza centrífuga a veces muestra tendencias a la segregación, a la disgregación, a la secesión, no es porque se reniegue de la existencia del Estado como forma de organización política, lo que no se quiere es seguir perteneciendo a un Estado al cual las partes que quieren separarse de él no le brindan consenso por distintas razones. Pero si acaso se segregan, quieren formar y forman, con características de Estado, sus propias organizaciones políticas. El fenómeno lo tenemos muy claro después de la desintegración y la extinción de la Unión Soviética.

Lo que de contacto yo quería resaltar entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las integraciones supraestatales es lo siguiente. Se lo escuché a un querido profesor colombiano y también en México: a Luis Carlos Sáchica. Lo vertió a su ponencia. Lo que ocurre es que él le ponía, si no me equivoco, la denominación de "reducción", una reducción de las competencias estatales, de las competencias internas en los fenómenos de la integración, por la transferencia de muchas de esas competencias que se hacen a los órganos de la comunidad creada por el tratado marco. Y también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por esa concurrencia de jurisdicciones a la que ya me referí y conforme a la cual al tema de los derechos humanos los Estados ya no lo pueden resolver a su discreción porque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derecho mínimo y subsidiario está trazando un marco al cual cada Estado le puede adicionar cuantos "plus" desee, pero no lo puede reducir.

Pero ¿qué es lo que, para no caer en algo que sin ningún sentido peyorativo yo me digo a mí mismo, para no caer en esclerosis académica, qué es lo que creo que todos estos fenómenos nos obligan a repensar y a *aggiornar*? Una cantidad de nociones que hasta no hace mucho en el Derecho Constitucional eran intangibles y que, sin desaparecer, creo que hoy convocan a flexibilizarse. Pongo dos ideas nada más a título de ejemplo. Poder Constituyente, Supremacía de la Constitución. Puede parecer que estos fenómenos internacionales deterioran la supremacía de la Constitución, o deterioran la concepción clásica en la que todos nos hemos formado sobre el Poder Constituyente. El meollo, la esencia de lo que es la supremacía creo que subsiste; lo

que hace falta es (vuelvo a repetir la palabra) el *aggiornamento* para ver estos conceptos y estas realidades desde una perspectiva contemporánea y para estar en condiciones de asumir estos fenómenos que las transformaciones sociales a ritmo muy acelerado nos vienen poniendo por delante hacia fines de siglo.

Yo doy por cierta una cosa: ni los tratados internacionales de derechos humanos, ni el derecho comunitario (tanto el primario, el tratado marco de integración, como el secundario, las decisiones de los órganos de la comunidad), ninguno de los dos ingresan dentro del Estado por la ventana, entran por la puerta, si el Estado abre la puerta. Y esto a mí ya me resulta suficiente para decir: el Poder Constituyente sigue emplazado en el Estado, porque si el Estado no quiere entrar a formar parte de una integración supraestatal, no entra; y si no quiere hacerse parte en un tratado de derechos humanos, no se hace parte. Pero de inmediato digo una cosa, y esto me recuerda algo que, con la clarividencia que siempre caracteriza las reflexiones de nuestro amigo Spota, le he escuchado hacer mucho y le he oído también repetirlo. El orden jurídico tiene que tener coherencia, creo que no estoy haciendo mal la cita, ¿verdad? tiene que tener coherencia. Entonces digo, esto puede ser audaz, pero yo digo: si el Estado, porque quiere con su voluntad, con su consentimiento, a través de los mecanismos que tiene habilitados desde su propio derecho interno, les da ingreso a los tratados sobre derechos humanos o al derecho comunitario, la recepción, para guardar coherencia, tiene que estar de acuerdo con lo que en el ámbito del derecho internacional que se incorpora es un principio básico: el de la primacía del derecho internacional sobre todo el derecho interno. Nosotros nos hemos hecho parte de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados hace ya unos cuantos años; en su art. 27, con una escasísima y excepcional hipótesis en el art. 46, consagra por escrito ese principio de primacía del Derecho Internacional; pero si una vez que le damos recepción al Derecho Internacional dentro del Derecho interno negamos esa primacía, yo creo que la coherencia se rompe, y no veo que aniquilemos o descartemos la noción de Poder Constituyente porque, repito, desde las habilitaciones que el Poder Constituyente ha volcado a la Constitución se dan los presupuestos para que, si el Estado quiere, se haga parte en una comunidad supraestatal y,

si el Estado quiere, se haga parte en un tratado internacional sobre derechos humanos.

Y ustedes me dirán que si le damos primacía al Derecho Internacional, para que haya coherencia entre ese Derecho Internacional que recibimos en el Derecho interno y el propio Derecho interno, el principio de supremacía que nos hemos acostumbrado a pensar desde otros presupuestos y con otras perspectivas queda postergado o lastimado.

Sin embargo vuelvo a decir: el principio de supremacía significa que el ordenamiento escalonado, jerárquico, graduado del Derecho interno, lo decide el Estado en ejercicio de su Poder Constituyente. Y si el Estado en ejercicio de su Poder Constituyente cuando da ingreso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Comunitario, resuelve ser coherente con el Derecho Internacional y darles primacía sobre todo el Derecho interno, incluida la Constitución, es el propio Poder Constituyente y la propia Constitución los que están ubicando en la cabecera del orden jurídico interno ese producto de fuente internacional que no está por arriba; yo digo que es una fuente colateral o heterónoma, muy distinta a la fisonomía que advierto valiéndome de la definición que de soberanía ha dado Kelsen, muy distinta a la fisonomía que yo advierto en un Estado federal.

Estas nociones introductorias sirven para que pueda añadir otra cosa. El principio de primacía del Derecho Internacional yo sé que tiene muchas resistencias, pero entonces ¿qué se podría pensar? No estoy hablando de "lege ferenda" para el caso argentino, sino en doctrina constitucional, por lo que el refrán tan vulgar de sentido común dice: "Hay que abrir el paraguas antes de que llueva". Entonces, un control de constitucionalidad previo del modo como lo tienen muchos países, por ejemplo la Constitución española, es muy útil para que si acaso un tratado de derechos humanos en el que el Estado va a ser parte o un tratado de integración con su derivación del Derecho Comunitario secundario va a ser ratificado, antes se someta al control previo de constitucionalidad a cada uno de estos tratados, porque si después que el Estado les abre las puertas les empezamos a encontrar defectos, contradicciones, incompatibilidades con la Constitución y con el Derecho interno, yo no sé si en el caso de no querer usar el principio de primacía del Derecho internacional no podríamos usar otro que me parece que en el campo del Derecho

público no ha sido tal vez tan estudiado como en el Derecho privado: "venire contra factum proprium non valet". Nadie puede volver contra sus propios actos. Tampoco es coherente que un Estado que se hace parte en un tratado, después que se ha hecho parte y que lo ha incorporado a su Derecho interno porque ha querido, de acuerdo con los mecanismos que su Derecho interno habilita, venga a encontrarle las incompatibilidades con el Derecho interno que de acuerdo con el Derecho Internacional siguen dejando pendiente la responsabilidad del Estado en el caso de que el tratado no se cumpla.

Y acá estamos, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho de la integración comunitaria, frente a tratados que tienen una característica muy disímil con los tratados clásicos del Derecho internacional común, que yo diría vinculan a cada Estado de puertas afuera con el otro. Estos tratados tienen como finalidad y como objetivo (y si hay que cumplirlos de buena fe de acuerdo con otro principio del Derecho Internacional y de la Convención de Viena hay que tomarlos en cuenta) tienen como finalidad y como destino entrar al Derecho interno; los de derechos humanos para investir de titularidad de esos derechos a cuantas personas forman parte de la población y están bajo la jurisdicción del Estado; y los tratados de integración también para que las decisiones del Derecho Comunitario secundario o derivado sean de aplicación directa y automática en el Derecho interno.

Aída Kemelmajer de Carlucci, en ese trabajo que yo citaba hoy, hace una cita de Louis Cartou recordando que la paradoja de las comunidades supraestatales es la ambición de construir un orden jurídico interno por medio de técnicas jurídicas que tienen su base en un tratado internacional. Esto es un poco lo que no completé cuando hice la cita del jurista colombiano SÁCHICA, cuando él habla de una reducción en las competencias internas del Estado contemporáneo. Hay una constitucionalización del Derecho Internacional porque el Derecho Internacional se ocupa ahora de muchas cosas que antes eran exclusivas de la jurisdicción reservada de los Estados: por ejemplo el sistema de derechos humanos; y hay una internacionalización del Derecho Constitucional en la medida en que desde la fuente internacional colateral o heterónoma ingresan al Estado los productos emitidos por esa fuente. Para ir rápido porque no quiero demorarme de-

masiado abusando de la benevolencia de ustedes y para volver a una cita de Aída Kemelmajer de Carlucci, por ejemplo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de ya más de 30 años, de 1964, en el caso conocido como "Costa", sostuvo que una norma interna, cualquiera sea su índole, aun cuando sea posterior al tratado de integración, no es judicialmente oponible al Derecho Comunitario; y luego en 1978 y 1988 en los casos "Simmenthal" y "Murphy" dio curso a la noción de que el juez de un Estado (Aída Kemelmajer lo llama juez nacional) que tiene competencia para aplicar el Derecho Comunitario en realidad lo que tiene es obligación de aplicarlo, debe dar pleno efecto a las normas del Derecho Comunitario hasta el extremo de inaplicar toda disposición de su Derecho interno cuando resulta necesario para asegurar la primacía del Derecho Comunitario, y ello sin que para tal inaplicación haya de esperar a que la norma interna incompatible sea eliminada a través de cualquier vía hábil que exista en el sistema del Estado al que el juez nacional pertenece. Entonces lo cierro con la cita de Aída Kemelmajer en ese trabajo que yo mencionaba hoy y que está publicado en "El Derecho": *El Juez frente al Derecho Comunitario*, dice: Cada juez nacional se convierte en un juez comunitario del Derecho común.

Sería largo entrar después a otras explicaciones, a cómo funciona el mecanismo prejudicial en los procesos que se tramitan ante tribunales internos; a cómo funciona la etapa prejudicial cuando el juez interno tiene que aplicar una norma del Derecho Comunitario y entonces le consulta al Tribunal de la Comunidad a la que el Estado pertenece cuál es la interpretación que el Tribunal supraestatal comunitario considera adecuada, un poco a la manera como los sistemas de jurisdicción constitucional concentrados funcionan muchas veces cuando, como en el caso de Italia, el juez común que tiene un proceso y advierte una presunta inconstitucionalidad, prejudicialmente eleva la cuestión al Tribunal Constitucional para que la resuelva, le devuelva las actuaciones y él pueda dictar la sentencia ateniéndose a los parámetros de la resolución del Tribunal Constitucional. Acá estaríamos un poco dentro de un marco semejante, dadas las diferencias entre lo interno y lo internacional.

Bueno, la idea mía es, no sé si la palabra es muy acertada, aconsejar, instar a que desde los ámbitos académicos repensemos los *aggiornamientos* que las nociones clásicas requieren para adecuar la fisonomía del Derecho interno y los conceptos con que hasta ahora estamos acostumbrados a manejarnos, a este ritmo acelerado de las transformaciones que se vienen ya operando y que se van a acrecentar cuando comencemos el siglo XXI.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS presentados por los señores académicos:

Académico Dr. Jorge A. AJA ESPIL

Por cierto que la exposición del Dr. Bidart Campos tiene la virtud de estimular nuestro pensamiento sobre álgidos problemas que surgen del nuevo texto constitucional. Esta tarde nos ha puesto frente a esa nueva concepción que es la integración y que ha tenido acogida en la reciente reforma constitucional.

Por mi parte, vuelvo a reiterar lo que ya expresara el año pasado en el seno de esta misma Academia. La magnitud de los cambios añadidos y supresiones producidas en el texto constitucional de 1853-60, me lleva a la conclusión de que la filosofía jurídica que caracterizó a la Constitución histórica ha cambiado radicalmente.

El propósito de los constituyentes originales de 1853-60 fue que la Constitución fuera la ley suprema, es decir, ubicada en la cúspide de la pirámide jurídica. Aquella preeminencia de la Constitución, consagrada en su artículo 31, era un principio fundante del Estado argentino.

El principio de la soberanía nacional -y no necesariamente en el sentido absoluto de Jean Bodin- era el inspirador de la primacía de la Constitución sobre los tratados internacionales. Tal la construcción que sigue caracterizando a la Constitución de los Estados Unidos, indemne hasta el presente de los avances del derecho comunitario. La reciente reforma pone, pues, en entredicho la concepción tradicional del concepto de soberanía y el tradicional orden de prelación del anterior texto constitucional.

Bien dice el Dr. Bidart Campos que la reciente reforma constitucional le abre las puertas a ese nuevo instituto que es la integración, que se manifiesta a través del derecho comunitario y que, por lo tanto, "hay una nueva concepción de la Constitución que debemos aceptar".

También es correcto el argumento del Dr. Bidart Campos en el sentido de que "el Derecho Comunitario penetra en el Estado Nacional sólo cuando éste le abre la puerta por la vía de la aceptación". Pero cuando se crea un organismo supranacional

con facultad legisferante, irrumpe el llamado Derecho Comunitario Secundario que no requiere autorización previa del Estado Nacional.

A propósito del nuevo artículo 75, inciso 24, en cuanto establece la facultad de “aprobar tratados de integración que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales...”, desearía expresar algunos puntos de vista personales.

Es cierto que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en nuestro ordenamiento jurídico nacional, confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Su fundamento normativo descansa en el artículo 27 de la convención. Pero esta norma estaba dirigida a los tratados internacionales clásicos y de lo que ahora se trata es de la delegación de un ámbito de soberanía para crear “competencias compartidas” y aun un nuevo ordenamiento jurídico cuyos sujetos no son sólo los Estados sino los particulares.

El Dr. Bidart Campos entiende que cuando el nuevo texto de 1994 expresa que los tratados tienen jerarquía constitucional, lo que está diciendo -sin retorcer interpretaciones- es que ellos tienen el mismo nivel que la Constitución. En otros términos, que los jueces pueden aplicar normas internacionales antes que la local si ello acarrea beneficios en materia de derechos humanos. Su pensamiento está inspirado en la doctrina establecida por la Constitución Colombiana de 1991 que da prelación sobre el derecho interno a los tratados de derechos humanos.

Y bien, volviendo al citado artículo 75, inc. 24, cabe expresar que el mismo no se reduce al tratado de integración sino a las normas dictadas “en consecuencia”, es decir las resoluciones dictadas por los organismos supraestatales que se creen en el futuro. En otras palabras, la Constitución deja de ser la exclusiva ley suprema y se convierte en un texto flexible por voluntad del Congreso Nacional.

Circunscribiéndome ahora al tema de la incidencia de la integración en materia de competencia y jurisdicción nacional, desearía hacer algunas referencias de orden histórico.

Mi primer contacto con el llamado Derecho Comunitario fue allá por 1963, en Roma. Por entonces, el profesor de la Universidad de Roma Riccardo Mónaco -Consejero legal de la

Cancillería italiana- planteaba la distinción entre derecho comunitario y derecho supranacional.

Cuando a mediados del año 1959, el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Robert Schuman, dio a conocer su plan para integrar los intereses europeos en el sector de dos productos vitales para sus economías, el carbón y el acero, los juristas se lanzaron a participar en el nacimiento y evolución de un nuevo orden jurídico internacional: el de la comunidad económica europea.

Aquel movimiento, aquella tendencia hacia una mejor interrelación económica en la Europa de los seis, creando una reciprocidad de intereses de carácter permanente, recibió el nombre de integración económica. “El Tratado de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero”, más conocido por la sigla C.E.C.A., firmado en París en 1951, es el primer ensayo para introducir un poder orgánico “supranacional”, es decir, la sustracción de ciertas materias a la competencia de los Estados miembros, para encomendárselas a órganos independientes de la autoridad de éstos.

En efecto, el referido Tratado prevé una Alta Autoridad independiente -“apátrida”, diría con ironía el Presidente De Gaulle- que se concilia con el “carácter supranacional” de la Comunidad, según expresión vertida en el artículo 9º de aquel instrumento.

Pero en el “Tratado de la Comunidad Económica Europea”, suscripto en Roma en 1957, cuyo régimen afecta a toda la gama de la economía, la palabra supranacional deja de utilizarse y se la sustituye por el vocablo comunitario, algo menos audaz que aquélla. A su vez, el estudio del marco jurídico, así como el estudio de las instituciones de las comunidades europeas, se dio en llamar “Derecho de las Comunidades”, y cuando se planteó su autonomía como disciplina jurídica, se denominó simplemente “Derecho Comunitario”.

El profesor Mónaco obvia la cuestión de la transferencia de competencias con una argumentación ingeniosa: sostiene que la Comunidad, en el sector cubierto por su actividad, no absorbe competencias de los Estados miembros, sino que asume el ejercicio de competencias nuevas de que aquellos no gozaban. (*Le Istituzioni internazionali di cooperazione europea*, Giuffrè 1956).

Con la aprobación del Tratado de Maastricht que instituye la Unión Europea, la supremacía del Tratado alcanza incluso a las normas constitucionales del Derecho Interno. La cuestión mereció un interesante debate doctrinario en la Académie des Sciences Morales et Politiques de Francia. Me permito recordar la intervención en ésta, de Marie-France Garaud -ex integrante del gabinete de Georges Pompidou y Presidenta del Instituto Internacional de Geopolítica- en una disertación que tituló *Les pouvoirs et la souveraineté en Europa*. Allí expresó que lo que cuestiona el Tratado de Maastricht es justamente el atributo esencial de la nación, o sea su soberanía, que es tanto como decir la autoridad y el poder de disponer libremente de su presente y de su futuro, aceptando o rehusando obligarse sin un acuerdo formal en cada caso.

Vale decir que la integración en el Tratado de Maastricht es el instrumento para organizar una comunidad internacional que necesariamente desemboca en una debilitación del poder soberano de los Estados. Es la nueva concepción jurídica ahora introducida en la Constitución reformada de 1994.

Los precedentes europeos nos indican que la justicia argentina pasará a ocupar un lugar preponderante en la aplicación del derecho comunitario, puesto que será ella la que hará respetar la preeminencia de la norma comunitaria sobre la norma interna. El llamado "efecto directo" que resulta de la argumentación expresada le permitirá a cualquier ciudadano invocar su derecho comunitario ante el juez nacional. Y ya vendrán, inexorablemente, los tribunales supranacionales -autorizados ahora por el art. 75 inc. 24- para garantizar la unidad de interpretación del derecho comunitario por parte de las jurisdicciones nacionales.

Debemos concluir que en la nueva redacción de la Constitución Nacional también se han introducido graves imprecisiones que suscitarán nuevas discusiones doctrinarias, ya ubicadas en nuestros centros académicos, sobre el verdadero ordenamiento jerárquico de esta nueva pirámide jurídica.

*

* *

Académico Dr. Jorge Reinaldo VANOSI

Es sabido que los Constituyentes de 1853-1860 adoptaron varias "decisiones políticas fundamentales" al tiempo de dar cuerpo a la Organización Nacional. Tales "decisiones" (en el sentido que Karl Loewenstein les asigna a las determinaciones del constituyente democrático) se refieren a la forma de gobierno elegida (la república y no la monarquía), a la forma de estado finalmente triunfante (la federación en lugar del unitarismo), a la conformación del régimen de gobierno (el presidencialismo por oposición al parlamentarismo) y, por último, a favor del judicialismo, es decir, de un poder judicial que incluye al control de constitucionalidad entre sus facultades. Podríamos decir otras, pero me voy a referir nada más que a una, que es la de la relación de la Argentina, del Estado argentino, con el mundo. Los constituyentes del 53 establecieron una norma imperativa, en el art. 27, que aún subsiste y que dice: "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados, etc., etc.". Este artículo no ha sido tocado y sabemos todos que se refiere a las relaciones de cooperación o coordinación que se han dado en el Derecho internacional clásico que era además el conocido y vigente en el momento en que los constituyentes sancionaron la Constitución histórica de la Argentina. Pero en el inciso que hoy estamos analizando y que es el 24, no aparece explícitamente ninguna decisión política fundamental; habla de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad; y agrega: y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Y luego viene la cláusula que tanto nos preocupa, referida al Derecho comunitario secundario o derivado, que dice que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. Pero el aprobar tratados de integración no significa más que eso, es decir, delegar una competencia en el Congreso, que a su vez va a intervenir en la sanción de tratados por los cuales vamos a delegar competencias en organismos supranacionales.

Yo siempre he creído y creo, y el Dr. García Belsunce, que está acá presente, me lo escuchó el año pasado en el seminario que hicimos en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, donde de alguna manera tocamos este tema, que la integración *es objeto de una decisión política fundamental*, porque altera fundamentalmente la estructura del Estado: supranacionalidad o supra estatalidad, nueva pirámide jurídica, el Derecho derivado que tiene primacía sobre las normas internas, se traslada cierta parte del control de constitucionalidad a otros organismos supranacionales, la Constitución deja de ser enteramente rígida para ser parcialmente rígida y parcialmente flexible, etc., etc.

No voy ahora a abusar de vuestra buena voluntad detallando todo lo que la integración significa como efectos inmediatos y como secuelas siguientes y subsiguientes a medida que el proceso de integración avanza.

Pero lo que yo no encuentro en el constituyente del 94 y con esto redondeo mi breve intervención *es la decisión política fundamental* a favor de la integración. No está. Los constituyentes del 53 la pusieron claramente en el art. 27 a favor de la inserción de la Argentina en el mundo de entonces a través de los viejos tratados, los tratados clásicos; pero aquí no hay ninguna decisión política fundamental, es decir una norma que imperativamente determine al legislador a aprobar este tipo de tratados; dice que *los puede aprobar*, hay una facultad dentro de las atribuciones del Congreso. Entonces quedan dos respuestas posibles: o la decisión está implícita o la decisión está delegada en el poder constituido, es decir en el Congreso, que a estos efectos va a asumir una atribución de sustancia constituyente. Con la forma del poder constituido que es la tradicional, la ley que utiliza el Congreso para aprobar los tratados, porque siempre lo ha hecho por medio de ley. Es decir, que *una decisión política fundamental* de enormes implicancias y secuelas en la estructura del Estado argentino, queda abierta a la posibilidad de ser adoptada por el poder constituido bajo la forma ordinaria de ley, aunque sea con una mayoría especial; y no por el que formalmente es el constituyente. No digo ni que esté bien, ni que esté mal; simplemente llamo la atención sobre esto. Otras constituciones de países latinoamericanos que han abordado el tema de la integración, han procedido inversamente, primero han adoptado la *decisión política fundamental* a favor de la integración y luego en

el mismo acto o en etapas temporales posteriores han implementado los procedimientos para la celebración de los tratados que implicarán delegación de facultades en los organismos de supranacionalidad. Algunos simplemente tomaron la decisión política fundamental, por ejemplo, fue el paso inicial de Venezuela, en su momento de Chile, después del Uruguay. Otros abarcaron todo, como fue Colombia y Costa Rica que fueron pioneras en este tema. Pero aquí tengo la impresión de que este silencio del constituyente ha significado evadir el debate importantísimo respecto de si adoptábamos o no *la decisión política fundamental* de entrar en los procesos de integración. Es una más de las ocasiones múltiples, creo que ya son decenas, del constituyente del 94, de delegar decisiones en los poderes constituidos. No resolver problemas que tuvo que resolver el constituyente. No se definió y lo "tiró" para adelante, perdón la expresión poco académica, pero creo que es muy gráfica a los efectos de que todos me comprendan.

No se pusieron de acuerdo en el Consejo de la Magistratura: que resuelva el Congreso; no se pusieron de acuerdo en el tema del Ministerio Público: que resuelva el Congreso; no se pusieron de acuerdo en el tema de la Auditoría General: que resuelva el Congreso; no se pusieron de acuerdo en los efectos de los decretos de necesidad y urgencia: que resuelva el Congreso. Delegaciones, delegaciones, delegaciones de poder constituyente a un poder constituido que va a quedar investido de poder constituyente, sustancialmente hablando.

Creo entonces, señor Presidente, que en el inciso 24 perdieron los constituyentes la oportunidad de llevar a cabo el debate respecto de si ellos ejercían una forma de la soberanía que es el poder constituyente, tomaban o no tomaban en forma explícita *la decisión política fundamental* a favor de los procesos de integración, tal como los constituyentes históricos en 1853 tomaron, en el art. 27, claramente, la decisión política fundamental de insertar a la Argentina en el mundo de aquella época y con las formas y tratados y medios propios de aquella época.

*

* *

Académico Dr. Gregorio BADENI

Expreso mi sincero agradecimiento al Dr. Bidart Campos por ilustrarme, con sólidos e inteligentes argumentos, sobre los más variados fenómenos constitucionales. Sus enseñanzas, que he seguido durante más de 30 años, prosiguen enriqueciendo mis conocimientos con comunicaciones tan interesantes como la que acabamos de escuchar.

Los tratados internacionales, y en particular los tratados de integración, son frutos de la política internacional desarrollada por los Estados en el marco de las relaciones internacionales. Relaciones generadas por diversos factores sociales, políticos, económicos y humanitarios que procuran conciliar intereses contrapuestos. En algunos casos de manera frontal, efectiva y realista, mientras que, en otros, bajo la apariencia de plasmar en normas jurídicas obligatorias, ineludibles y casi pétreas la organización política de una comunidad supranacional destinada a suplantar a las actuales organizaciones políticas globales.

En materia de relaciones internacionales, existen dos grandes enfoques o líneas de pensamiento. Uno de ellos, al cual estimo que se adhiere el Dr. Bidart Campos, es el enfoque idealista o jurídico. Procura organizar, por medios jurídicos, un ordenamiento político mundial sobre la base de la presunta preexistencia de principios racionales y morales dotados de validez universal. Afirma la vigencia de una comunidad mundial integrada por los habitantes de todos los Estados nacionales, cuya organización sólo requiere del fiel cumplimiento de los compromisos jurídicos externos asumidos por esos Estados con prescindencia de sus cambiantes intereses y necesidades.

En cambio, para el enfoque realista, las relaciones internacionales son consecuencia de la confrontación entre intereses nacionales contradictorios que se procuran conciliar sin aspirar, de manera inmediata, a concretar una organización supranacional duradera, efectiva y dotada de poder soberano hasta tanto no se verifique la real existencia de una comunidad internacional. Comunidad que sólo se manifestará plenamente cuando se haga efectiva la igualdad entre los Estados nacionales diluyendo la posición preferente que tienen algunos de ellos, y cuando el bien

o interés común prevalezcan espontáneamente sobre los intereses particulares de esos Estados que no deberían oponer reparos para otorgar las concesiones pertinentes.

Si bien ambos enfoques han sido esbozados por la teoría de las relaciones internacionales, en la práctica de la política externa de los Estados que ejercen un liderazgo en dicho marco se aplica, preferentemente o casi en forma exclusiva, el enfoque realista. Enfoque merced al cual se han obtenido importantes logros para la convivencia armónica entre las naciones.

Es razonable sostener, aplicando el enfoque idealista, que así como debería ser coherente la política interna de un Estado con su política exterior, también debería mediar coherencia entre el orden jurídico interno del Estado y el externo que se comprometió a cumplir. Pero el afán por concretar esa coherencia, llevado hasta sus últimas consecuencias, puede desembocar en resultados arbitrarios y distintos de los perseguidos con la aplicación estricta de ese enfoque.

Si para concretar esa coherencia le asignáramos al Congreso, o a un organismo judicial especial, el ejercicio exclusivo del control de constitucionalidad sobre los tratados al momento de su aprobación, y sin que esa decisión fuera susceptible de revisión ulterior, estaríamos subordinando el dinamismo social a la conformación estática de una norma jurídica con prescindencia de los intereses o bien común de la comunidad nacional. Si la transferencia o delegación de competencias por obra de un tratado de integración, no fuera revisable unilateralmente cuando, con el transcurso del tiempo se llegara a constatar su inconstitucionalidad o apartamiento de las exigencias del bien común, se corre el riesgo de producir una ruptura del orden jurídico internacional porque las normas legales jamás pueden ser obstáculos idóneos para satisfacer las necesidades sociales en una democracia constitucional. La presión del pluralismo anula la vigencia y legitimidad de toda norma jurídica que impida satisfacer esas necesidades. Esa ruptura no es la solución más adecuada, y para preservar el prestigio de las normas internacionales, es conveniente brindar a los Estados la posibilidad de apartarse legalmente de ellas cuando la dinámica social interna así lo requiera. Es conveniente que, como consecuencia de ese proceso dinámico interno y de las modificaciones que se pueden operar en la idea política dominante de una sociedad, los Estados puedan unilateralmente adecuar

las normas jurídicas que les son aplicables a su nueva realidad política, económica y social.

Tanto el enfoque idealista, en forma inmediata y consciente, como el enfoque realista, en forma mediata e inconsciente, procuran la concreción de la integración de los Estados en una organización política supranacional. Pero difieren en el camino a seguir hacia esa meta universalista. Porque el primero propicia la coacción jurídica desconociendo la realidad política, mientras que el segundo otorga primacía a esa realidad sobre el derecho. Estimo que la aplicación del enfoque realista presenta la virtud de respetar las ideas políticas dominantes en los diversos pueblos, sus modalidades características y necesidades que forjan sus instituciones y estilo de vida. Ese respeto en modo alguno se opone a la integración de los Estados en nuevas formas de organización política global, sino que aspira alcanzar semejante meta de manera gradual, desprovista de métodos coactivos y sobre la base de la guía resultante de la prudencia política.

*

* *

Académico Dr. Alberto Antonio SPOTA

Las exposiciones de esta tarde, no solamente me han impactado, sino que me han traído a la memoria circunstancias que quiero explicitar ante ustedes porque creo que la historia de la humanidad reconoce algunos antecedentes muy parecidos a lo que va a suceder, si es que este proceso y a través del inciso 24 del artículo 75 en lo que a nosotros se refiere, se concreta.

Acepto lo que dice el Dr. Vanossi con total claridad cuando señala que el constituyente omitió una decisión fundamental cual es si vamos o no vamos hacia la integración. Si estamos o no estamos de acuerdo con ella. Tampoco dudo de que en el constituyente hubo una aquiescencia tácita hacia la integración. Por otra parte hace al clima de los tiempos. Pero quiero ahora señalar algo que entiendo y pienso que nos puede mostrar qué es lo que va a pasar. Esto es otear un poco el futuro.

Me parece muy trascendente lo que está por suceder, si es que se da de la suerte que la historia enseña al respecto. El pasado al que me refiero con valor para interpretar el presente y visualizar posibilidades de futuro, está vinculado al tránsito de confederación a estado federal de la suerte y manera que acaeció en la segunda mitad del siglo XVIII en los Estados Unidos de la América del Norte. Pensemos el tema de esta manera. Es cierto que no existe hoy una confederación entre los países de Latinoamérica, mas media un cierto clima en determinados niveles sociales, que daría la impresión de algo semejante. Piénsese, por ejemplo, la manera como en franjas de la sociedad latinoamericana se vive el Pacto de San José de Costa Rica. Así sucede que también es cierto que desde cierto ángulo las consecuencias de este inciso 24 pueden oficiar a la manera como acaeció aquel tránsito en el hemisferio norte de América. Se ha abierto una puerta fundamental con este inciso para señalar un proceso.

Quiero aclarar que no estoy ni a favor ni en contra de ese proceso en este momento en que expongo. Estoy relatando. A mi criterio se ha abierto una puerta para decir: Fíjense que por este camino, el del inciso 24, es factible que se repita lo que sucedió en los Estados Unidos en su primer período histórico. ¿Qué pasó allí?. Recordémoslo bien. La guerra de la independencia fue un elemento compactante. El Pacto de perpetua unión funcionó. ¿Qué era el Pacto de perpetua unión? pues una confederación. En ella cada uno de los estados miembros era soberano. El Pacto señalaba el mínimo de actitud común vinculante. Recordemos que había un Congreso Continental, que no era un Congreso porque no tenía capacidad para normar. Esto es, era una reunión de representantes, de embajadores, los cuales proponían cosas y era menester que cada uno de los estados miembros ratificara aquellas decisiones. Esto es el famoso derecho de nulificación. El Congreso Continental era una reunión de embajadores donde se debatía y proponía y nada más. Ese Congreso Continental no era, lo repito, ningún Congreso. Simplemente proponía. Los estados miembros decían si quiero o si no quiero. Mientras la guerra de la independencia anduvo todo funcionó bien. Todos sabemos lo que acaeció después que acabó la guerra de la independencia con éxito. Aparecieron los intereses locales. Primaron sobre los generales. La confederación es siempre una situación muy inestable. La confederación difícilmente marcha. En Estados Unidos no

anduvo y frente al fracaso de la confederación y el riesgo de desintegración va a llegar al Congreso de Filadelfia. Fue una reunión confederal en su origen. Y allí es donde se produce el tránsito. Lo dice el preámbulo de la Constitución: "para constituir una unión más perfecta". Claro, porque la confederación no funcionaba. ¿Y qué pasó?. ¿Qué fue?. ¿Dónde está el tránsito fundamental de Filadelfia?. Pues en algo muy parecido a lo que puede acaecer si es llevado a la práctica el inciso 24 del artículo 75. ¿Por qué?. Porque ese inciso 24 del artículo 75 habilita la declinación de la soberanía nacional. Algo semejante a lo que ha dicho el Dr. Badeni. Estoy de acuerdo entonces con lo expuesto. Tuvimos también nosotros en el siglo pasado, en su primera mitad, con el Pacto Federal del 4 de enero de 1831, una confederación. Pero sólo lo fue en el "papel". En los hechos Rosas y su voluntad mientras tuvo fuerza impusieron su primacía y confederación, en verdad, no existió. De allí que el ejemplo a recordar sea el del hemisferio norte. ¿Qué aporte quiero yo hacer esta noche acá?. Pues deseo señalar: Señores, nos guste o no nos guste, démonos cuenta de que el inciso 24 del artículo 75 puede significar y seguramente, si la dinámica de la historia va por el camino que parece que transita, significará, no quiero usar el término de "desaparición", pero sí el de debilitamiento notable de las formas de soberanía nacional que nosotros hemos conocido.

Creo que la ciudadanía no ha tomado conciencia clara y no tiene idea objetiva de la enorme trascendencia de este inciso 24 del artículo 75. Este inciso 24 del artículo 75 que como bien dijo el Dr. Vanossi deja en manos de los poderes constituidos, y yo le agregaría de las mayorías de un momento determinado, la posibilidad de que dejemos de ser un estado soberano. No digo que esté bien ni que esté mal. Pero tomemos conciencia real, el inciso 24 del artículo 75, más allá de las dos exigencias que bien ha señalado el Dr. Bidart Campos y enunciadas en el mismo, lleva a la posibilidad que va señalada. La realidad es que es un instrumento perfectamente hábil para que a través de él, sin ninguna necesidad de reforma constitucional, como lo dijo Vanossi, desde que no tenemos ya una Constitución rígida sino una semirrígida, flexible, y sin necesidad de ninguna reforma, se pase a una situación de soberanía muy diferente a la actual.

Señores, por este camino, por el camino del inciso 24 del artículo 75 se ingresa o se puede ingresar a un gran organismo, no sé si latinoamericano, o americano, o mundial, pero lo concreto es esto. Y esto es lo que quiero dejar sobre la mesa esta noche como reflexión. El inciso 24 del artículo 75 habilita la declinación y desaparición de la soberanía nacional, de acuerdo con lo que en ciertas circunstancias las mayorías del caso allí exigidas lo decidan, sin necesidad del cumplimiento de ninguna otra pretensión. Porque como bien se ha indicado con esas mayorías se puede inclusive ir más allá del artículo 27 de la Constitución. Por otra parte los principios de derecho público a los que se refiere el art. 27 de la Constitución histórica, luego de la reforma de 1994, ya no incluyen el mantenimiento de la soberanía nacional, justamente en función y como consecuencia de los incisos 22 y 24 del art. 75. Tenemos dos señalamientos, como lo subrayó el Dr. Bidart Campos, que deben ser cumplidos para que el inciso 24 del artículo 75 funcione. Pero cumplimentadas esas exigencias, que no son extraordinarias, se puede declinar soberanía. La sociedad argentina hasta este momento, a mi criterio, no se ha percatado en profundidad de la enorme trascendencia de las consecuencias del artículo 75 en su inciso 24.

*

* *

Académico Dr. Carlos María BIDEGAIN

El Dr. Bidegain expresó su deseo de agregar otro ejemplo a la excelente comunicación del Dr. Bidart Campos y comentarios del Dr. Spota en lo relativo a la evolución de una Confederación a un estado federal. La que ocurrió en el norte de América desde los artículos de la Confederación y Unión Perpetua hasta la adopción de la forma federal en la Constitución de 1787, se produjo en tierras más cercanas, aquí, en nuestro país, donde tuvimos primero la unión de las provincias históricas en un sistema de Confederación en el que cada provincia fue un estado soberano y todas delegaron en el gobernador de Buenos Aires solamen-

te la representación exterior. Sabemos, por cierto, cómo Rosas ejerció de hecho un poder tiránico y cómo obstruyó el cumplimiento del Pacto Federal y la reunión de un Congreso que sancionara una Constitución federal. La teoría del estado federal ha estudiado este fenómeno, destacando que obedece a un camino casi natural en la evolución de la forma de gobierno de estados vecinos dotados de cierta unidad geográfica, racial, histórica, idiomática con economías complementarias y muchos intereses comunes. La maduración del fenómeno puede demandar más o menos tiempo, según distintas variables y también abortar. La Unión Europea y el Mercosur pueden ser pasos iniciales en el sentido señalado, bastante avanzado aquel, apenas balbuciente éste.

*

* *

Académico Dr. Horacio SANGUINETTI

Yo quiero agregar una muy simple reflexión. La confederación es un sistema eficiente para conducir gradualmente a estados independientes entre sí hacia una federación. Lo que temo es que en el pasaje actual falte un paso, una instancia. No veo el equivalente a la confederación, que es una etapa previa, que ofrece ciertas garantías para la integración.

Ciertamente hay una tendencia general a la unificación, pero a través del sistema de confederación se podría ir decantando, limando y produciendo el acercamiento de una manera natural, que vencería las reticencias y las resistencias de quienes dudaban acerca de las ventajas de unirse. En cambio esto parece un salto en el vacío, una fusión demasiado abrupta, que puede traer problemas.

*

* *

Académico Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE

Quisiera agregar dos palabras porque creo que no debo quedarme en silencio al tratarse este tema. Di mi opinión en la reunión del 9 de noviembre del año pasado cuando debatimos el tema con los doctores Badeni y Aja Espil. En la sesión de este año, cuando hizo su comunicación el Dr. Badeni, también formulé unas observaciones que aparecen en la publicación que se ha hecho.

Dije en tales ocasiones que me preocupaba cuál sería el destino del derecho comunitario si no se acertaba a darle la ubicación que le corresponde frente al derecho interno, pues el derecho comunitario podría peligrar en sus realizaciones concretas y prácticas que son de orden político, económico y social a nivel mundial. Comparto las inquietudes del Dr. Bidart Campos en cuanto a la ubicación del derecho comunitario y en su apoyo me remito a los interesantes artículos en el diario "El Derecho" del lunes 10 del corriente sobre el mismo tema. Uno de ellos dice que no pone en tela de juicio la supremacía constitucional ni la jerarquía constitucional de los tratados, pues el poder constituyente, en ejercicio de su soberanía, ha podido delegar facultades y competencias en organismos supranacionales y que no se puede tachar de una violación constitucional a algo que hace el poder constituyente en ejercicio de sus atribuciones propias (en el caso se refiere a la delegación que prevé el art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional).

Comparto las observaciones del Dr. Vanossi que señalan las deficiencias de exposición del citado inc. 24 del art. 75, cuando considera que "se ha quedado corto" para llegar a una definición concreta del problema. Creo que éste requiere un análisis más profundo que tendrán que hacer los tribunales en última instancia, ayudados por la opinión doctrinaria.

Concluyo en que me encuentro realmente preocupado y dubitativo para tomar una posición definitiva, porque por un lado quisiera que el derecho comunitario tenga todo el respaldo que corresponde para el desarrollo de nuestras relaciones internacionales, al mismo tiempo que deseo preservar los valores inmutables de nuestra Constitución Nacional.