

LA INDEPENDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN COMO PRINCIPIO DEL ORDEN POLÍTICO*



Sergio Raúl Castaño**

Recibido: marzo 5 de 2006

Aprobado: marzo 14 de 2006

RESUMEN

Este artículo es una aproximación a cuestiones concernientes a la relación entre ley nacional (constitucional) y ley internacional, por ejemplo, los planteamientos levantados al llamado supremacía como principio de las decisiones supranacionales en el nivel interno sobre asuntos relacionados con la ley constitucional.

El artículo precisa el reconocimiento general del principio que expresa el derecho de todos los Estados a decidir sobre sus propios asuntos (llamado por el autor principio de "autarquía"), además, la validez de este principio jurídico y político fundado sobre los buenos valores comunes y sobre las propiedades intrínsecas de la vida política.

Finalmente, el artículo trata las posiciones que niegan la independencia del orden constitucional, y las analiza críticamente, mostrando los desentendimientos ontológicos y sus consecuencias por fuera de la política.

PALABRAS CLAVE: Bien común político - independencia del estado - constitución - organismos internacionales.

* El trabajo se integra en un proyecto de investigación, financiada por la Fundación Universia dentro de su "Programa de perfeccionamiento de docentes investigadores" para el período noviembre 2005-noviembre 2006; y el proyecto se denomina "El poder constituyente del pueblo como principio del Estado de derecho".

** Doctor de la Universidad de Buenos Aires, investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas – Argentina, Profesor regular de Teoría del Estado (Facultad de Derecho – UBA); profesor titular de Teoría Política (Facultad de Derecho – U. FASTA – Bariloche). sergiocastano@arnet.com.ar

ABSTRACT

This article approaches the issues concerning the relationship between national (constitutional) law and international law, i.e., the issues raised in reference to the so-called supremacy as a principle of supranational decision-making capacity on behalf of the internal level over affairs governed by the constitutional law.

The article pinpoints out the general recognition of the principle that stipulates the right of every State to decide on its own affairs (the principle of "autarchy" as denominated by the author). Furthermore, the validity of this juridical-political principle is founded upon the common good values and the intrinsic properties of political life.

Last of all, the article expounds those positions that deny the independence of a constitutional order; and it analyzes them with criticism, exposing their ontological misunderstanding and, hence, the consequences of the latter away from politics.

KEY WORDS: Common good's value- independence of state- Constitution- international organism.

INTRODUCCIÓN

El tema de estas líneas consiste en la reafirmación de la validez –y de la vigencia– de un auténtico principio del orden político, así como de ciertas exigencias de él derivadas, con el objetivo último de contar con elementos de juicio que permitan justipreciar críticamente la pretensión de subordinar el derecho constitucional a la voluntad de los operadores de los organismos internacionales; pretensión que hoy, en Argentina, ha trascendido el plano académico y ha llegado a cobrar alguna presencia jurisprudencial, incluso en el ámbito de la propia Corte Suprema de Justicia de la República. Intentaremos abordar tan arduo tema con metódica prescindencia de una multitud de cuestiones de enorme trascendencia, refe-



ridas tanto al plano de los principios cuanto al empírico-histórico.

La metodología utilizada ha consistido, básicamente, en exponer la vigencia (positiva) y en demostrar la validez (como valor jurídico, en el plano axiológico) de los principios rectores del orden político que rigen la naturaleza y propiedades del orden jurídico-constitucional del Estado (entendiendo "Estado" como "comunidad política"). Es decir, por un lado se muestra cómo

en el plano empírico —el del derecho positivo— se reconoce la necesidad de la independencia del ordenamiento jurídico de cada comunidad política para que ésta pueda ser considerada tal. Por otro, se demuestra —ante todo a partir de los principios de primacía del bien común y politicidad del derecho— cuál es el valor que fundamenta tal independencia y que deslegitima la pretensión de socavarlo. Por último, se dejan indicados algunos de los errores sobre los que hoy se apoyan quienes niegan la independencia jurídica de la comunidad política, y se los discute. En síntesis, el artículo trata de exponer —en sus grandes líneas— cómo los fueros legítimos que sustentan la existencia **autárjica** (entendiendo “**autarjía**” como la capacidad y el derecho de cada comunidad política a la libre conducción de sus propios asuntos) de cada pueblo reunido en comunidad política exigen —*a fortiori*— la independencia del orden jurídico estatal ante el derecho internacional.

EL ORDEN DE LOS PRINCIPIOS

I. LA AUTARJÍA DE LA COMUNIDAD POLÍTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (POSITIVO)

1. Prenotandos

Al referirnos a la “soberanía del Estado¹” como principio del derecho internacional lo hacemos tomando distancia de las matices centralistas, absolutistas y positivistas del término “soberanía” (piénsese, para el caso, en Bodino y en Hegel), lo cual no es óbice, sin embargo, para reconocer —más allá de las incrustaciones epocales que connota— el fondo de verdad y de legitimidad práctica de que este término puede ser portador: a saber, la autodeterminación que la comunidad política ejerce sobre sus propios asuntos. Ahora bien, esa autodeterminación no comporta —de suyo— menoscabo o avasallamiento de los derechos fundamentales del hombre. Antes al contrario, el espacio político puede y debe estar en función del bien de las personas reunidas en comunidad, una de cuyas principales dimensiones consiste, como lo ha dicho Michael Walzer, “en establecer una arena en cuyo interior uno pueda pelear por la libertad y (tal vez) ganarla”². Al concepto de potestad suprema subsidiario de tal visión del espacio político, el gran internacionalista y filósofo Louis Le Fur le estatuye como límite el principio superior del derecho, y como fin, el bien colectivo que la comunidad se halla llamada a realizar³. Por todo ello, para evitar las razonables confusiones y suspicacias que el término “soberanía” podía levantar, nosotros hemos propuesto la locución “**autarjía** del Estado”⁴.

2. La doctrina

i) Uno de los principales internacionalistas contemporáneos, el profesor italiano Antonio Cassese, dice inequívocamente en la difundida obra *International Law in a Divided World*⁵: “[d]e los varios principios fundamentales que regulan las relaciones interna-

cionales, éste [la igualdad soberana de los Estados] es incuestionablemente el único respecto del cual existe un incondicional acuerdo y apoyo por parte de todos los grupos de Estados, sin atender ideologías, inclinaciones políticas y circunstancias. Todos los Estados concuerdan tanto sobre la crucial importancia del principio como sobre sus contenidos básicos”.

- ii) No debe pensarse que la internacionalización de la protección de los derechos humanos ha corroído lo esencial de tal principio. Afirma al respecto el especialista Juan Antonio Carrillo Salcedo: “La soberanía, en efecto, no queda desplazada por la existencia de esta amplia red de tratados, universales y regionales, como ponen de manifiesto los siguientes datos: en primer lugar, tales tratados vinculan exclusivamente a los Estados parte; en segundo lugar, son susceptibles de reservas; en tercer lugar, por último, algunos de dichos tratados están redactados en tal forma que las obligaciones de los Estados quedan excesivamente imprecisas e indeterminadas”. Y agrega: “la regulación de las reservas a los tratados internacionales contenida en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus respectivos artículos 19 *actúa en favor del subjetivismo y discrecionalidad de los Estados reservatarios, ya que, si el tratado nada hubiera dispuesto en materia de reservas, serán los Estados los que apreciarán, discrecional y subjetivamente, la compatibilidad de las eventuales reservas con el objeto y fin del tratado del que se trate*” (subr. del autor)⁶.

- iii) Esta realidad va de la mano con la continuidad del papel de los Estados independientes como sujetos primarios del Derecho Internacional Público. Así lo explica el profesor Brotóns: “Los sujetos *primarios y plenarios* del Derecho Internacional siguen siendo los *Estados soberanos*, ya que sólo ellos disponen *per se* de una subjetividad internacional sin condiciones. Cualquier otro sujeto lo es –o será– en función de que aquéllos le confieran –con grados diversos– personalidad jurídica”⁷. Y el profesor José Pastor Ridruejo, juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye: “En una perspectiva jurídica y política a la vez, la soberanía del Estado constituye un factor determinante y de primer orden en la actual configuración de la sociedad internacional y del Derecho de Gentes”⁸. La soberanía aparece, pues, según Carrillo Salcedo, como un “principio constitucional” del Derecho Internacional⁹. Esta posición, en sus líneas fundamentales, es reconocida pacíficamente entre los tratadistas¹⁰.

3. Resoluciones, normas y jurisprudencia

Hemos citado *doctrina* reciente y autorizada acerca de la vigencia de la autarquía (“soberanía”) e independencia de los Estados. Ahora bien, tanto este principio cuanto sus obligatorios corolarios (la igualdad de las comunidades políticas y la no intervención en sus asuntos internos) no aparecen menos claramente reafirmados por las *resoluciones* de la sociedad interna-



Al concepto de potestad suprema subsidiario de tal visión del espacio político, el gran internacionalista y filósofo Louis Le Fur le estatuye como límite el principio superior del derecho, y como fin, el bien colectivo que la comunidad se halla llamada a realizar.

cional organizada, las *normas* (consuetudinarias o convencionales) y la *jurisprudencia* que regulan las relaciones entre los principales actores del escenario global. Aportamos a continuación tres ejemplos significativos:

i) La Asamblea de las Naciones Unidas en su Declaración 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, que contiene "la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de la ONU", sintetiza en estos términos el "Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados": "ningún Estado o grupos de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro [...] por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino

también cualquiera otra forma de injerencia o amenaza atentatoria de la personalidad del Estado o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen son violaciones del derecho internacional"¹¹.

ii) Por su parte, la Corte de Justicia Internacional de La Haya ha sentenciado en un fallo de crucial relevancia ("Nicaragua vs. Estados Unidos", de 1986): "en el principio fundamental de la soberanía del Estado, reposa todo el derecho internacional público [...] el principio de no intervención supone el derecho de todo Estado, a conducir sus asuntos sin injerencia exterior; aunque los ejemplos de violación del principio no sean raros, el tribunal estima que forma parte del derecho internacional consuetudinario; la existencia del principio de no intervención en la *opinio juris* de los Estados, se apoya en una práctica importante y bien establecida. De

otra parte, se ha presentado este principio como un corolario del principio de igualdad soberana [...] Este principio prohíbe a todo Estado o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado; la intervención prohibida debe, pues, caer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior”.

iii) Por último, conviene traer a colación el ejemplo de una institución jurídica consagrada a la protección internacional de los derechos humanos que supone un pronunciado avance en la erosión de competencias de los órganos de autoridad de los Estados y, por ende, de los fueros de las comunidades de las que esos órganos son instancia de dirección. Nos referimos a la Corte Penal Internacional¹². Ahora bien, aun en este caso —extremo, en el sentido indicado—, debe remarcar que la naturaleza del instrumento jurídico que daría origen a la Corte es la de un *tratado entre Estados independientes que a él adhieren*. De allí que la jurisdicción del tribunal se extienda a los Estados parte o a aquéllos que la hayan aceptado explícitamente (artículo 12). Así pues, el propio Estatuto de Roma no altera la estructura de la sociedad internacional, pluriverso de unidades políticas independientes ligadas por relaciones de coordinación.

iv) Habiendo llegado a esta altura de la mostración empírico-positiva de la vigencia del principio de autarquía de las sociedades políticas, ya estamos en condiciones de plantearnos cuál sea su fundamento racional, o principal, o “filosófico”. Es lo que haremos brevemente a continuación.

II. LA AUTARQUÍA JURÍDICA DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DEL ORDEN POLÍTICO

i) La sociedad política es capaz de perseguir un orden de fines que está fuera del alcance de los grupos infrapolíticos (familia, empresa, universidad, etc.) actuando aisladamente¹³. Este orden de fines, inasequible a las partes aisladas, “es de todos porque es del todo”, para decirlo con una afortunada expresión de la CSJ de la República Argentina¹⁴. Ahora bien, este principio aristotélico fundamental, a saber, la causación de la comunidad política por un fin u orden de fines específicos ha sido reafirmado contemporáneamente por la sociología de Georges Gurvitch —autor expresamente ajeno a la tradición mencionada—. El maestro de la Sorbona hace residir la estructura de la comunidad política en relaciones de integración de individuos y de grupos. Ese entramado plural, vinculado por valores e ideales colectivos, se une en sociedad en vista de una obra a realizar en común. Por su parte, el llamado por Gurvitch “derecho social”, fundado en tal

inordinación, regula la vida de la comunidad y representa el respectivo interés general. Para Gurvitch, en efecto, el derecho de la comunidad política se explica por exigencias de organización determinadas por la integración de individuos y grupos en una sociedad de vastas y complejas funciones¹⁵.

ii) A su vez, la necesidad del cumplimiento de un fin (específico) causa, explica y legitima la acción del poder de la comunidad. Este principio de larga solera clásica (aristotélica y escolástica) aparece reconocido explícitamente por otras escuelas señeras, como el marxismo. Tenemos un explícito ejemplo de lo que cabría llamar la "teoría pura de la autoridad" del marxismo en el artículo de Friedrich Engels "Von der Autorität"¹⁶. Allí, Engels se pregunta si es posible la organización sin autoridad, y enseguida se aplica a demostrar que una autoridad, bajo la forma que fuere, constituye un principio social cuya evidencia se nos impone. Tras la revolución proletaria desaparecerá la opresión clasista (o sea, la *política* como la entiende el marxismo), concluye Engels, mas no la necesidad de velar por los intereses sociales.

iii) Así pues –y resumiendo los puntos i) y ii)–, hay fines sociales que, al mismo tiempo que convocan a la comunidad política, exigen la presencia del poder y del derecho. En esa inteligencia cobra cabal sentido la caracterización del Estado en Hermann Heller como "unidad organizada de acción y decisión"¹⁷.

iv) Además de la completitud, existe una segunda y fundamental propiedad del fin político vgr., su *concretidad*. En efecto, el fin al que aspiran los individuos y los grupos es un bien proporcionado a sus capacidades, idiosincrasia y circunstancias. Pero ello no constituye una limitación o un defecto; por el contrario, un fin que no estuviese conmensurado a la realidad intransferible –cultural, geográfica, etc.– de una sociedad concreta, no ejercería ninguna causación sobre ella, precisamente porque no la atraería como algo amable. Esto último permite hacer una reflexión fundamental acerca de una dimensión de la vida política en que se cifra el valor de que ella es portadora. Se trata de su carácter de empresa social participativa, en cuyo sentido y razón de ser ocupará un lugar protagónico la salvaguarda de un estilo y un talante aquilatados por la Historia. Allí se conjugan una manera de ver el mundo, una proximidad determinada y un horizonte geográfico amado como propio. Precisamente, en el concepto aristotélico de autarquía –como autosuficiencia en el bien común– se halla contenida la idea de la recepción, el cultivo y la transmisión de un modo humano de la convivencia, es decir, de un modo concreto de acceder a los fines humanos.

v) Ese fin común político, completo y concreto, se pone al alcance de los hombres a través de las relaciones que ellos entablan. El conocimiento, las habilidades técnicas,

los medios económicos, la justicia, la amistad y todos los bienes humanos, desde los más instrumentales hasta los más elevados, se dan a partir de las relaciones sociales. En efecto, es *en* y *por* las relaciones entre los hombres, como se cultivan, se crean, se acrecientan, y se transmiten los bienes humanos. Luego, ese bien común concreto requerirá de un orden de las relaciones, porque es gracias a ese orden de las relaciones como se pondrá al alcance de los miembros de la sociedad. Y es aquí donde se plantea la necesidad de la autarjía.

La cuestión a la que hemos arribado, en esencia, es la siguiente: debe determinarse cuál sea el orden concreto de las relaciones entre los hombres de esa sociedad. Y conste que esta decisiva cuestión reside en la vida política misma, y no aparece de resultas del capricho intrasistémico de una escuela, así se trate de la de los fundadores del derecho internacional público. En efecto, casi desde sus antípodas, Carl Schmitt también señaló la centralidad de la determinación del "concreto modo de existencia política"¹⁸. Ahora bien, determinar ese orden ¿a quién le incumbirá? Dicho más explícitamente: si la sociedad convocada por un fin exige, consiguientemente, un orden para su consecución, entonces, el establecimiento de ese "concreto modo de existencia" social y político, cuya columna vertebral es el orden jurídico, ¿a quién le incumbirá? Parece razonable pensar, con Vitoria, Suárez y Grocio¹⁹,

que a quien le incumbe –porque está en mejor condición para saber por dónde pasa, cómo establecerlo, y cómo ir modificándolo en el día a día a partir de los cambios históricos– *es a la propia comunidad* a través de sus órganos de conducción.

- vi) Así pues, la *autarquía* clásica –o "autosuficiencia", entendida como participación del bien común completo y concreto– implica la "*autarjía*". "Autarjía", por su parte, significa "autogobierno"; la sociedad autárquica tiene como una propiedad (vgr., una nota que se desprende de su esencia) la capacidad y el derecho de gobernarse a sí misma y de establecer su propio orden jurídico. Es en esta línea como cobra preciso sentido la locución clásica de "sociedad perfecta". Pero es "perfecta" no por hallarse enclaustrada en un aislamiento hostil, ni por poder prescindir de la colaboración de otras sociedades, sino por ser el punto de intersección en que la inclinación política del hombre y las particularísimas circunstancias históricas producen un marco *concreto* capaz de albergar todas las dimensiones naturales humanas llamadas a desarrollarse. El término "perfecto", aplicado a una sociedad, no debe entenderse ingenuamente en el sentido de "inmaculado", sino en el de cierta especie de completitud. Se trata de la sociedad que no es parte de otra, dentro de la cual se integre y a cuyos órganos deba subordinarse (como lo sería un municipio o un Estado miembro de un Estado federal); y, en consecuencia, es *perfecta*

una sociedad cuyo orden jurídico no forma parte de otro ordenamiento jurídico mayor; o sea, cuyo orden jurídico es un *todo*, al decir de Francisco de Vitoria²⁰, lo cual supone, a su vez, que ese ordenamiento proviene –como última instancia de determinación– de los órganos de conducción de la propia comunidad, desde el poder constituyente hasta los poderes constituidos, y desde el gobierno hasta la jurisdicción, sin que ello impida que ciertas esferas de competencias puedan ser delegadas en forma específica y revocable, por decisión de esos mismo órganos.

vii) El señorío que posee la sociedad política sobre sí misma se manifiesta en la nota de supremo de su ordenamiento constitucional. Tomamos el término “constitución” en su sentido cabal, es decir, sin desconocer ni la necesidad de fundamentación del ordenamiento en ciertos preceptos insoslayables de racionalidad práctica, ni tampoco la relevancia constitucional de los precedentes histórico-normativos emanados de la tradición política de cada pueblo particular²¹. En esa inteligencia, no puede existir sociedad política sin Constitución, entendiendo por tal el plexo de directivas fundamentales que estructuran arquitectónicamente la vida jurídica de una determinada comunidad. Apelando, pues, a ese sentido integral del concepto de Constitución, cabe afirmar que la supremacía de la norma fundamental positiva pertenece al plano de los principios **permanentes** del orden político. En efecto,

tal supremacía constituye la conclusión (jurídica) del proceso presidido por la presencia de un fin convocante, proceso que es lícito esquematizar de este modo: porque hay fin común político, hay sociedad política; porque hay sociedad política, hay autoridad suprema en su orden; porque hay autoridad suprema en su orden, hay (por reconocimiento o producción) derecho positivo, constitucionalmente estructurado. Y la naturaleza del fin determina la de la entera secuencia: el fin **político** exige una autoridad y un orden jurídico-constitucional **supremo**²² frente al derecho interno, e **independiente** frente al derecho internacional.

III. EL REFRENDAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS POR EL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO: LA INDEPENDENCIA DEL ORDEN INTERNO (CONSTITUCIONAL) ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Ante la creciente profusión de los acuerdos internacionales, surge la cuestión de si acaso hoy los tratados han adquirido supremacía sobre los ordenamientos internos. Desde un punto de vista jurídico, la cuestión específica a que aludimos cabría ser reconducida a la de si los tratados internacionales pueden, por sí mismos, introducir enmiendas a las Constituciones. En esos términos se la plantea Antonio Cassese en otra de sus obras de amplia repercusión. Sólo se sancionaron,

Ante la creciente profusión de los acuerdos internacionales, surge la cuestión de si acaso hoy los tratados han adquirido supremacía sobre los ordenamientos internos.

dice el renombrado jurista, dos Constituciones que llegaran a la "instancia *extrema*" (subr. del autor) de reconocer la primacía de las disposiciones establecidas en los tratados por sobre los preceptos del propio ordenamiento constitucional. Se trata de las Cartas de Holanda (1953, revisada en 1956; y 1983), y de la de 1975 de su ex colonia Surinam (modificada al respecto por la nueva Constitución de 1982). Cassese se ocupa del caso holandés. Su Constitución de 1953-6 sancionaba en el art. 66 que la legislación vigente en el reino (sin discriminación alguna) no se aplicaría si fuera incompatible con provisiones contenidas en tratados, ya hubieran sido firmados antes o después del establecimiento del precepto interno. Pero ya la nueva Constitución –sancionada en 1983–, que reafirma en su art. 94 la inaplicabilidad de la legislación que se hallare en conflicto con disposiciones de tratados, deja al plano

constitucional fuera de esa subordinación. Tales son los escasos y efímeros antecedentes –ya sin vigencia, por otra parte– provistos por el derecho constitucional comparado respecto de Estados que hayan aceptado la prelación del derecho internacional sobre sus leyes fundamentales. Cassese, en sus conclusiones sobre el tema, afirma, consecuentemente, que el caso neerlandés y el de su ex colonia es harto excepcional, y no parece destinado a producir imitadores en un futuro próximo. La abrumadora mayoría ("*overwhelming majority*", subr. del autor) de los Estados, remata, ha optado por un sistema que no ata las manos de las autoridades domésticas, sobre todo respecto de los casos en que el interés nacional colisiona con las obligaciones internacionales²³.

2. En la misma línea de preservación de su libertad de acción en el ámbito internacional se halla la facultad de las comunidades políticas de denuncia de tratados. A menudo, el ejercicio de tal derecho por parte de los Estados requiere del acuerdo del ejecutivo y del legislativo; tal es el caso, por ejemplo, de Perú, Dinamarca, Holanda y España²⁴. Esto rige inclusive respecto de tratados referidos a la tutela de los derechos humanos, e incluso en el propio ordenamiento argentino, cuya proverbial "flexibilidad" (hacia afuera)²⁵ es puesta de manifiesto también por la doctrina extranjera. En efecto, algunos juristas europeos destacan que, a partir de la reforma de 1994, el ordenamiento cons-

titucional argentino manifiesta una notable "penetrabilidad" (*sic*) respecto del derecho internacional²⁶.

3. Todo lo cual nos permite justipreciar la exactitud y el valor de la advertencia del profesor Colautti, en el sentido de que "en estos momentos en que el sustantivo **globalización** truena como un volcán, no resulta inoportuno recordar que los vínculos siguen siendo **internacionales**, es decir, que se articulan básicamente a través del sistema de los Estados nacionales" (negritas del autor)²⁷.

ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CUESTIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA CONSTITUCIONAL ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL. EL FALLO "SIMÓN" (14/6/2005)

Cabe observar que la independencia del orden jurídico –al que asignamos categoría de principio del orden político– puede verse desconocida en la medida en que los máximos tribunales de un Estado (como, en Argentina, la Corte Suprema de la República) delegaran formalmente en órganos jurisdiccionales y políticos externos la interpretación de la Constitución. Concretamente, tal desconocimiento se podría traducir en la idea, que parece hallarse en el voto del juez Boggiano en el fallo "Simón", según la cual la Constitución *es* lo que los tribunales y las comisiones internacionales *dicen*

que es; así como en el rechazo, con carácter de principio, de la validez jurídica de las reservas y cláusulas interpretativas de los tratados por parte del Estado signatario²⁸.

A propósito de posiciones como las mencionadas, así como de una constelación de problemas que –en mayor o menor medida– se vinculan con ellas, creemos pertinente formular algunas observaciones que podrían servir para una más cabal comprensión del sentido, los presupuestos y las consecuencias del desconocimiento de la independencia del orden constitucional ante los organismos jurídicos y políticos ínter o supranacionales, y ante el derecho internacional en general:

1. Los términos de la colisión no se reconducen a la contraposición "iusnaturalismo-iuspositivismo"²⁹. Cabe remarcar que la subordinación absoluta del orden constitucional a las instancias ínter o supranacionales puede coexistir con formas de iusnaturalismo que exalten abstractamente la dignidad de la persona humana, y que adhieran a algunas tesis aristotélicas –como la de cierta natural sociabilidad–. Pero lo que aparece preterido en posiciones como la que criticamos aquí es el sentido mismo de la vida política, y el bien en el que se funda.

Por último, huelga recordar que tal valor y sentido no se contraponen (antes al contrario) con obligaciones imprescriptibles respecto de derechos humanos básicos, como la interdicción de realizar acciones ordenadas a dañar a la persona inocente, desde su

concepción hasta su muerte natural; pero de allí no se sigue necesidad alguna de sostener una cierta política penal, identificando una opción prudencial con un principio jurídico de valor absoluto.

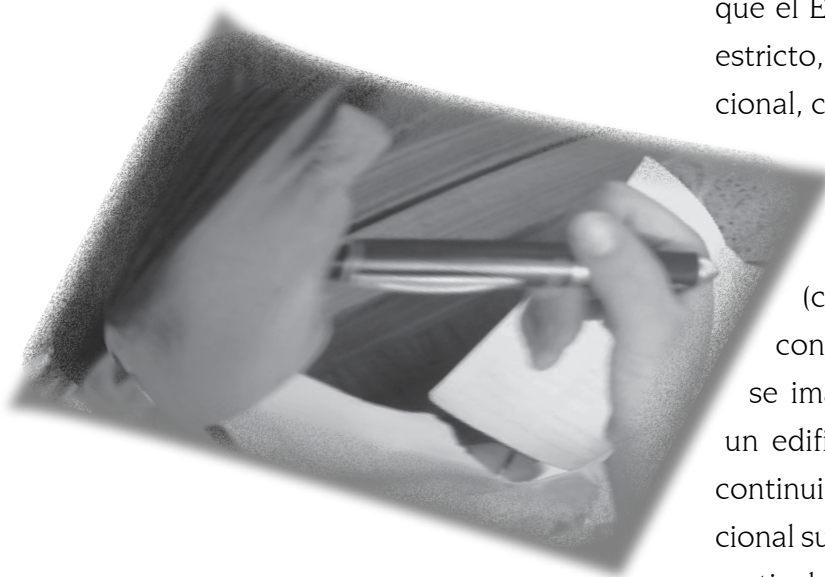
2. Sostener que los organismos supranacionales surgidos de tratados internacionales son –formal y orgánicamente– última instancia de interpretación de la constitución de la comunidad política, y que tal interpretación resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales del Estado, comporta una suerte de delegación de la potestad suprema de la comunidad en tribunales y comisiones supranacionales. Éstos pasarían a detentar no sólo los poderes constituidos, sino, *ad libitum*, el mismo poder constituyente reformador. Ahora bien, semejante delegación, ya no de ciertas competencias, sino del poder originario mismo de la comunidad ¿presupone un acto previo de expresa autorización o consenso por el conjunto del pueblo? En caso contrario, ¿cuál puede ser la legitimidad de esa auténtica revolución político-institucional? Y se nos plantea otra pregunta, referida no ya a los principios sino a las circunstancias históricas contemporáneas: la crisis de representación que afecta hoy a los partidos, ¿se subsanará cuando quienes detentan la facultad de la última interpretación vinculante ya no sean los representantes del pueblo, y los jueces designados de acuerdo con el ordenamiento sancionado con el consenso del pueblo, sino ignotos miembros

de comités multinacionales reunidos en el extranjero?

Cabe plantear y completar el cuestionamiento de marras desde otra perspectiva. En efecto, los organismos supranacionales suponen la existencia de comunidades políticas que los crean y conforman. Ahora bien, esos organismos no podrían producir decisiones que socavaran la existencia misma de los Estados que los han creado, como ocurriría en el caso de que la propia Constitución dependiese del arbitrio de las comisiones internacionales. En tal caso, un equipo multinacional de técnicos ostentaría formalmente –*pero sin haber sido investido como tal*– la suprema autoridad de una república. Esto, desde el punto de vista del orden político y de su legitimidad, entrañaría una aberración. Otro sería el escenario si se operase una transferencia en cabeza de órganos de una comunidad en la que los Estados se hallasen en proceso de integración (política).

3. Si se tratase de sostener la prelación –absoluta y automática– del derecho internacional consuetudinario sobre el ordenamiento constitucional (es decir, sobre cualquier disposición normada por la Constitución), estaríamos en presencia, literalmente, de una potencial disolución del ordenamiento político-jurídico de cada comunidad; y ello por obra de un poder constituyente de titularidad difusa y de contenidos lábiles y fluctuantes. Y no estaría de más acotar que en sus prescripciones vinculantes sería dable

En efecto, la comunidad política está fundada en relaciones de integración plenas, que originan legítimas relaciones de subordinación jurídica; de allí que el Estado sea "sociedad" de un modo estricto, como no lo es la sociedad internacional, constituida, fundamentalmente, por relaciones de coordinación.



descubrir desde acrisolados principios de la pacífica y solidaria convivencia humana hasta pretensiones no ajenas a los intereses político-imperialistas e ideológico-transnacionales de turno.

4. Una acotación de raigambre ontológica que creemos decisiva –mas en la que no podemos extendernos, sino sólo dejar mencionada– consiste en señalar que el uso del término "sociedad", para referirse a la vez al Estado y a la sociedad internacional resulta no ilícito pero sí impreciso. En efecto, la comunidad política está fundada en relaciones de integración plenas, que originan legítimas relaciones de subordinación jurídica; de allí que el Estado sea "sociedad" de un modo estricto, como no lo es la sociedad internacional, constituida, fundamentalmente, por relaciones de coordinación. Pero, contrariando esta realidad objetiva, algunas versiones de monismo (como la originariamente planteada con ese nombre por Alfred Verdross³⁰) se imaginan el derecho universal como un edificio o pirámide sin soluciones de continuidad, en la que el derecho internacional subsume los ordenamientos políticos particulares. De tal suerte, se postula que el derecho político interno se halla ante el derecho internacional en una relación de analogía de proporcionalidad propia con aquélla en que se halla el derecho de un Estado miembro ante el derecho del Estado federal. Ahora bien, semejante planteo está

desconociendo que el derecho internacional no se corresponde con la existencia de una *sociedad* en sentido estricto, tales como lo son las sociedades políticas o Estados. Y ello vale aun cuando se sostenga que hay un derecho natural universal, porque, precisamente, un fundamento universal del derecho tampoco equivale a *sociedad política universal*. De allí la enérgica impugnación que hizo Hermann Heller de la fórmula según la cual “el poder del Estado constituye una delegación de competencias del derecho internacional”³¹.

COLOFÓN

En referencia a lo últimamente dicho, y casi a la manera de una conclusión comprensiva de todo lo dicho, cabe preguntarse en qué casos sería legítima la subordinación de la Constitución –entendida como concreto orden consensuado de la convivencia de una comunidad particular– al derecho internacional. Nosotros afirmamos que tal caso tendría lugar –por antonomasia– en la hipótesis de un *Estado* mundial

o regional. La razón de ello estriba en que las auténticas y orgánicas relaciones de subordinación jurídicas sólo pueden existir dentro de una sociedad política (al respecto, es ilustrativo el sonado fallo “Maastricht”, del Tribunal Constitucional alemán, citado *supra*). Pero hasta que aparece una nueva unidad política, o, por lo menos, hasta que deban operarse los últimos pasos necesarios en el proceso de conformación de una nueva sociedad política en sentido estricto (regional, o mundial), la renuncia del pueblo reunido en comunidad política a la disposición sobre sus propios asuntos, bajo la forma radical de renuncia a la determinación del propio orden constitucional de la convivencia, resulta, en el mejor de los casos, hartamente cuestionable. Tanto más cuanto que tal renuncia –en casos como el que nos ocupa– vendría operada por decisión de los órganos de conducción de la comunidad política, pero sin que ésta hubiese tenido oportunidad de convalidar semejante temperamento. Temperamento que, además de ilegítimo, podrá también resultar –como en general ocurre con lo ilegítimo– actual o potencialmente conflictivo.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, G. El caso Simón y la supremacía constitucional (en *La Ley*, sup. de Derecho Penal, julio de 2005).
- BIDART CAMPOS, G. Tratado elemental de derecho constitucional argentino: Tomo VI. Buenos Aires, 1995.
- BROTÓNS, A. R. *et al.* Derecho Internacional. Madrid, 1997.
- C. S. J. N., Fallos (300:836).
- CASSESE, A. Modern Constitutions and International Law. En: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 192, (1985, III); p. 409 y s.s.
- CASSESE, A. *International Law in a Divided World*. Oxford: 1994.

- CASTAÑO, Sergio. La imprescriptibilidad de ciertos delitos como principio absoluto: ¿ante un nuevo derecho natural?. En: JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL. (2005: Santiago de Chile). Ponencia presentada en las Jornadas Internacionales De Derecho Natural. Santiago de Chile, octubre de 2005.
- _____. El Estado como realidad permanente. Buenos Aires, 2003.
- _____. Principios políticos para una teoría de la constitución. Bs. As., Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- COLAUTTI, C. E., Los tratados internacionales y la constitución nacional. Buenos Aires, 1999.
- ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO. Dictamen acerca de los tratados y la supremacía constitucional, 2005.
- GROCIO, H. De jure belli ac pacis (Ed. Barbeyrac).
- GURVITCH. L'idée du droit social. París, 1932.
- HELLER, H. Staatslehre. Tübingen, 1983.
- PASTOR RIDRUEJO, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid, 2001.
- CARRILLO SALCEDO, Juan A. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid, 1995.
- LE FUR, Louis. État fédéral et confédérations d'États. París, 1896.
- MARX-ENGELS WERKE. Ed. Dietz. Berlín, 1976, t. 18.
- MIAJA DE LA MUELA, A. Introducción al derecho internacional público. Madrid, 1979.
- WALZER, Michael. Just and Unjust Wars, trad. fr. S. Chambon y A. Wicke, París, 1999.
- PAGALLO, U. Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Milán, 2001.
- PEREIRA-MENAUT, A. C. *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, 2003.
- ROUSSEAU, Ch.. Droit International Public. París, 1971.
- SAGÜÉS, N. Teoría de la Constitución. Buenos Aires, 2001.
- SAMPAY, A. E. La constitución como objeto de ciencia. En: Constitución y pueblo. Bs. As., 1974.
- SCHMITT, C. Verfassungslehre. Berlín, 1993.
- GARCÍA GHIRELLI, José I. Tratados y documentos internacionales. En: Recopilación y notas. Bs. As., 1982.
- VANOSSI, J.-Dalla Via, A. Régimen constitucional de los tratados. Bs. As., 2000.
- VERDROSS, A.; Derecho internacional público. Trad. BRAVO, P. Madrid, 1974.
- VIGO, R. Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa 'Simón'.
- DE VITORIA, F. Relecciones teológicas. Ed. crítica por Alonso Getino, L. G.. Madrid, 1934.
- WOLF, E. El problema del derecho natural. Trad. M. Entenza. Barcelona, 1961.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. Los documentos internacionales del ámbito regional incorporados a la constitución nacional. En: Rey Caro, Salas, Zlata, Los tratados internacionales y la constitución nacional. Córdoba, 1995.

NOTAS

- 1 En lo que sigue, utilizaremos “Estado” como sinónimo de las locuciones “comunidad política” y “sociedad política”, que emplearemos indistintamente.
- 2 *Just and Unjust Wars*, trad. fr. S. Chambon y A. Wicke, París, 1999, pp. 96 y ss.
- 3 *État fédéral et confédérations d’États*, París, 1896, pp. 432-443.
- 4 Sobre nuestra propuesta del término “autarjía” (de la comunidad política). cfr., principalmente, *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, 2003, caps V, VI y IX.
- 5 *Op. cit.*, Oxford, 1994, pp. 129-130.
- 6 *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1995 pp. 67 y 71-74.
- 7 Antonio Remiro Brotóns *et al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 43-44.
- 8 José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, 2001, p. 277.
- 9 Juan A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1995, p. 13.
- 10 Cfr., por ejemplo, Adolfo Miaja de la Muela, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, 1979, p. 254; Charles Rousseau, *Droit International Public*, París, 1971, p. 94; Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, trad. P. Bravo, Madrid, 1974, p. 132.
- 11 Cfr. *Tratados y documentos internacionales*, recopilación y notas de José I. García Ghirelli, Bs. As., 1982.
- 12 En efecto, decimos en *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Bs. As., Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, cap. I: “el análisis del Estatuto ofrece algunas aristas cuestionables, si de propender a la justicia -integral y concretamente considerada- se trata. Sólo mencionaremos aquí algunas de las que se vinculan más ostensiblemente con la autarjía de la comunidad política”, Y agregamos: “Otra disposición del Estatuto refuerza la presunción de que el establecimiento de la Corte colisionaría con legítimos fueros de las comunidades políticas. El artículo 1° determina que la Corte ‘tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales’. Esto significa que ella no actuará ‘si el asunto [es] objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él [...]’ (art. 17). Sin embargo, su competencia no se ejercerá de modo consensuado con la autoridad de los Estados parte, sino que la Corte es árbitro para decidir cuándo el Estado *no puede o no quiere* llevar adelante la investigación o el enjuiciamiento. Así pues, resolverá si hay ‘disposición para enjuiciar’ sobre la base de parámetros tales como ‘que haya habido una demora injustificada [...] incompatible con la decisión de hacer comparecer a la persona de que se trate’; o también ‘que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, [o en forma de que] sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate’. Por otro lado, la Corte decidirá si hay ‘incapacidad para investigar o enjuiciar’ juzgando, por ejemplo, si el Estado ‘no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio’. Circunstancias tan abiertamente descritas, pasibles de variadas interpretaciones y relativas a los particulares usos institucionales y sociales de cada comunidad del orbe -como lo son las citadas-, quedan, entonces, sujetas a la discrecionalidad decisoria de un organismo internacional”.
- 13 Si en su sentido estrictísimo (referida a los puros individuos), la tesis individualista es falsa, en su sentido más lato (referida a las familias o los grupos económicos), ella tampoco logra explicar la realidad política, y los bienes que la convocan. Pensemos, por ejemplo, en la tarea de la Universidad: algo tan valioso como la vida académica -comprehensiva del esfuerzo eficaz por la búsqueda de la verdad, la investigación y la

formación superior- no estaría al alcance de puras familias aisladas. La vida académica necesita del suelo nutricional de la vida política.

- 14 CSJN, *Fallos* (300:836).
- 15 Cfr. *L'idée du droit social*, París, 1932, pp. 9 - 41; pp. 111 y ss.
- 16 En *Marx-Engels Werke*, ed. Dietz, Berlín, 1976, t. 18, pp. 305-308.
- 17 *Staatslehre*, Tübingen, 1983, pp. 259 y ss.
- 18 Encontramos el *dictum* schmittiano (inspirado en de Maistre) en relación al poder constituyente en *Verfassungslehre*, Berlín, 1993, p. 75 y ss.
- 19 Cfr., entre otros pasos, Francisco de Vitoria, *Relectio posterior De indis*, 7; *De potestate civili*, 7 10 y 12; Francisco Suárez, *Defensio fidei*, III, I y V; V, III, 3; *Disputatio XII De bello* II, 3, 4 y 7; Hugo Grocio, *De jure belli ac pacis* (ed. Barbeyrac), L. I, I y III; L. II, XV.
- 20 Cfr. *De indis*, 7; *De potestate civili*, 7
- 21 Sobre la noción de constitución en general cfr. el trabajo de Arturo E. Sampay, "La constitución como objeto de ciencia", en *Constitución y pueblo*, Bs. As., 1974.
- 22 Sobre la necesidad de la secuencia fin común político-sociedad autárquica-autoridad suprema en su orden-derecho positivo resulta de gran interés el fallo *Maastricht*, decidido por el *Bundesverfassungsgericht* alemán el 12/10/1993. En contramos los fundamentos del fallo en la página *on line* del Profesor Helmut Rüssmann, *Einführung in das Recht* (1994); y un agudo comentario en Ugo Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Milán, 2001, pp. 178-187. Sobre ese tema, cfr. nuestro *Principios políticos ...*, cit., cap. II.
- 23 Cassese, Antonio, "Modern Constitutions and International Law", en *Recueil des Cours* de l'Académie de Droit International, t. 192, (1985, III), pp. 409 y ss..
- 24 Cfr. Néstor P. Sagüés, *Teoría de la constitución*, Buenos Aires, 2001, pp. 374-375.
- 25 Cfr. Sagüés, *op. cit.*, p. 388.
- 26 Cfr. Antonio Carlos Pereira-Menaut, *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, 2003, pp. 62 y 114. El juicio del constitucionalista español no es antojadizo, ya que, seguramente, atiende a la concesión por el constituyente de 1994 de jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que el Estado argentino haya suscripto o vaya a suscribir. Ahora bien, como reconoce una jurista argentina, "[e]s reducidísima la cantidad de Estados que menciona instrumentos internacionales obligatorios en el ámbito interno y aun menos los que conceden a esos documentos jerarquía constitucional" (Zlata Drnas de Clément, "Los documentos internacionales del ámbito regional incorporados a la Constitución nacional", en Rey Caro, Salas, Zlata, *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Córdoba, 1995, p. 95).
- 27 Colautti, Carlos E., *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Buenos Aires, 1999, p. 122.
- 28 Cfr. el voto del ministro Boggiano, considerandos 9 y ss. En forma contraria a la interpretación internacionalista de Boggiano, la cláusula "en las condiciones de su vigencia", del texto constitucional argentino (a. 75 inc. 22) es leído como "de acuerdo con las reservas y declaraciones que el Estado le haya introducido" por los especialistas: así, Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 557; Jorge R. Vanossi-Alberto Dalla Via, *Régimen constitucional de los tratados*, Bs. As., 2000, p. 322; Gregorio Badeni, "El caso 'Simón y la supremacía constitucional'" (en *La Ley*, sup. de Derecho Penal, julio de 2005); "Dictamen de la Academia Nacional de Derecho acerca de los tratados y la supremacía constitucional", del 25/8/2005; y, por último, el voto del ministro Fayt en su disidencia a los votos mayoritarios en el mismo caso "Simón".

- 29 Si bien no en referencia al voto de Boggiano -sino al del ministro Lorenzetti- en ese nivel de análisis se centra Rodolfo L. Vigo (cfr. "Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa 'Simón'", *La Ley*, Buenos Aires, 25/7/2005). A pesar de que los planteos discutidos por Vigo no conciernen únicamente al tema que nos ocupa en estas páginas (sino principalmente al derecho injusto), con todo opinamos que –también respecto de ésta y de otras cuestiones y argumentaciones involucradas en la posición de la mayoría- vale lo que se dirá aquí a propósito del voto de Boggiano y del tema de la independencia del orden jurídico-constitucional y de la correcta valoración del sentido de la vida política. En la particular cuestión del "iusnaturalismo" cabe acotar que son múltiples las acepciones de "derecho natural" a lo largo de la Historia (cfr., por todos, el clásico estudio de Erik Wolf, *El problema del derecho natural*, trad. M. Entenza, Barcelona, 1961); y tal multiplicidad se acentúa aun más si se toman como sinónimos todas las pretensiones suprapositivas que hoy fungen como sucedáneos del derecho natural, como las diversas concepciones que reciben el nombre de "derechos humanos", o "derechos fundamentales", y otras similares. Como consecuencia, posiciones contrarias –y hasta contradictorias- encontrarán su respectivo respaldo en principios suprapositivos igualmente contrarios –o contradictorios-. Luego, la constatación de que una decisión política o jurídica ha apelado a valoraciones suprapositivas no dice aun nada acerca del fondo del asunto, especialmente en lo tocante a la validez (objetivo valor) de la decisión. Así, por poner un importante y álgido ejemplo, debe afirmarse que la cuestión misma de la imprescriptibilidad absoluta de ciertos crímenes (tema de política penal, no directamente vinculado con el que nos ocupa ahora) no encuentra fundamento en exigencias del derecho natural. Antes bien, su razonabilidad o irrazonabilidad se dirimirá necesariamente a partir de ponderaciones prudenciales; y su contemporánea pretensión de validez absoluta obedece a motivaciones ajenas al derecho natural –*siempre*, claro está, que por "derecho natural" entendamos el *realismo finalista de Aristóteles, Tomás de Aquino y las escolásticas modernas, desde Vitoria hasta nuestros días*-. A la polémica cuestión de la imprescriptibilidad nos referimos en "La imprescriptibilidad de ciertos delitos como principio absoluto: ¿ante un nuevo derecho natural?", ponencia presentada en las Jornadas Internacionales de Derecho Natural, celebradas en Santiago de Chile entre el 18 y el 21 de octubre de 2005.
- 30 Cfr. su exposición y crítica en nuestro *El Estado como realidad permanente*, citado *supra*, cap VII, II.
- 31 Cfr. *La soberanía*, trad. M. de la Cueva, México, 1995, p. 286.