

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PRETENDIDA PRIMACÍA DEL TRATADO SOBRE LA CONSTITUCIÓN*

*Sergio Raúl Castaño***

SUMARIO: I. El problema y la circunstancia. II. El trasfondo esencial y los principios en juego. III. La cuestión específica que nos ocupa. 1. El argumento de Sagüés. 2. La verdadera noción de bien común –en sentido propio–. 3. Corolario y reafirmación: el bien común político como causa y principio del orden político y jurídico. 4. La inexistencia de un “bien común regional” en sentido propio. IV. Conclusión –con una advertencia y una discusión previas–. 1. *Obiter dictum* sobre un problema que no debe ser perdido de vista. 2. Interludio polémico: ¿son los derechos humanos el principio de legitimidad del orden político y jurídico? 3. Conclusión sintética final.

I. EL PROBLEMA Y LA CIRCUNSTANCIA

El reciente fallo de la CSJN (“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14/2/2017) significa una positiva y justa reacción frente a la actitud que había venido asumiendo la Argentina en estos años, no solo desde los pronunciamientos de la máxima autoridad jurisdiccional de la República (esa misma Corte), sino desde buena parte de la más connotada doctrina vernácula, con amplio apoyo mediático, conteste en consentir, refrendar y promover el allanamiento político y jurídico del Estado al *Diktat* de los equipos de la Corte IDH.

*Agradezco al Abogado Carlos G. Arnossi haber tenido la gentileza de leer el núcleo de este trabajo en el *Workshop* internacional sobre el tema “Estado de Derecho y Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, organizado por la UCA y la Fundación Konrad Adenauer en septiembre de 2017. Y también agradezco a este joven y destacado docente de la Universidad Católica Argentina sus valiosas observaciones al manuscrito final.

**Investigador del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado (UNSTA. Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA). Director del Departamento de Política (Fundación Bariloche/CONICET).

Tal allanamiento (sobre todo entendido como la subordinación del orden constitucional mismo de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica a las decisiones de la Corte IDH) representa –no cabe aplicarle otro término– una genuina *aberración*, si se lo juzga desde los fundamentos en los que se asienta la vida política y jurídica (al respecto remitimos a nuestro estudio crítico sobre el tópico¹). Por otra parte, debe agregarse que el problema de la revisión por un órgano supranacional de decisiones políticas y jurídicas críticas adoptadas en el seno de un Estado –incluso si el plano constitucional no se hallase afectado– suscita cuestionamientos que exigen una ponderación detenida y rigurosa. A propósito de todo ello vale la pena referir que quien esto escribe ha podido constatar, como invitado argentino en el Seminario Internacional organizado por el ministerio de Defensa de México sobre “Defensa Nacional y Derecho Internacional Humanitario” (octubre de 2016), hasta qué punto las pretensiones de la Corte Interamericana son explícita y razonablemente puestas en tela de juicio en altos círculos políticos y académicos hispanoamericanos².

II. EL TRASFONDO ESENCIAL Y LOS PRINCIPIOS EN JUEGO

No obstante, se plantea una cuestión casi previa respecto de las anteriores observaciones. Y sin duda previa a cualquier dilucidación en concreto sobre los alcances de la obligatoriedad de acatar los fallos de la Corte IDH; y sobre todo anterior a cualquier discusión técnico-procesal positiva (pues el problema que nos ocupa no se dirime en ese plano). Esta cuestión tiene que ver con la naturaleza de un tribunal como la Corte IDH. Nos explicamos.

¹Cfr. Castaño, S. R. (2017), “La sujeción del plano constitucional a las decisiones de un órgano supranacional no comunitario como aberración política y jurídica: el *control de convencionalidad* aplicado a la Constitución frente a los principios del orden político”. En Espinoza de los Monteros, J., Pérez Johnston, R. y Sodi Cuéllar, R. (eds.), *Hacia el futuro del constitucionalismo: la internacionalización del derecho constitucional, la justicia constitucional y la justiciabilidad de los derechos*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 35-54.

²De hecho, los posicionamientos críticos sobre el “control de convencionalidad” no han sido infrecuentes en los últimos años. Sin idea alguna de exhaustividad podríamos citar en tal sentido: Silva Abbot, M. (2016), “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año XIV, Nº 2, 101-142; Mejía Lemos, D.-G. (2014), “On the ‘control de convencionalidad’ doctrine: A Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights Relevant Case Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, vol. XIV, 117-151; Maino, C. A. G. (junio 2016), “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, *Prudentia Iuris*, Nº 81, 31-51; Bandieri, L. Ma. (junio de 2016), “Control de convencionalidad y CIDH: rápido repaso de límites y problemas”, *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*, 12-14; Gallo, O. J. (2016), “El margen de apreciación nacional y la realidad iberoamericana”, *ibid.*, 4-7.

Por una torsión peculiar, bien propia del subjetivismo moderno, los derechos humanos han pasado a identificarse, implícita o explícitamente, formal o materialmente, con el fundamento de validez del Derecho –y también con el principio de legitimidad del orden político–. Abordaremos críticamente esta idea *infra* (vide IV, 2). A partir de este *pondus* expansivo de la noción, un tribunal de derechos humanos pasa a convertirse, *de facto*, en una suerte de tribunal constitucional, facultado para interpretar, refrendar o enmendar cualquier norma (las constitucionales incluidas) que se considerare afectando el fundamento mismo de la justicia: o sea, los derechos humanos. Por lo demás, como ha señalado certeramente Carl Schmitt³ –y reconocen hoy en día autores de la talla de Zagrebelsky⁴–, un fuero constitucional no ejerce funciones propiamente *jurisdiccionales*, sino en realidad políticas: en concreto, *legislativas* y hasta *constituyentes*. Luego, la erección de un fuero *materialiter* constitucional que actúa sobre Estados independientes –y ni siquiera vinculados por relaciones incoativamente confederales– plantea dificultades y aporías mayores, que pueden comprometer la validez de sus decisiones y hasta podrían echar un manto de duda sobre la legitimidad de su existencia. Ello en la medida en que la acción de un fuero constitucional, en ese caso, llevaría ínsita la tendencia a pretender erigirse en árbitro último de los ordenamientos de los Estados soberanos sobre los que ejerce jurisdicción. Así, todos los excesos que con razón se imputan a la Corte IDH (preterición del margen nacional de apreciación; obligatoriedad *erga omnes* de sus sentencias; pretensión de facultades constituyentes *ad libitum*, etc.) anidarían ya larvadamente en su misma contradictoria naturaleza de tribunal *constitucional –no-nacional–*.

Esta es la cuestión de fondo que subyace tras los conflictos provocados por la acción de un tribunal como la Corte IDH. Lo que allí se dirime, en esencia, no es una cuestión jurídico-positiva, ni la protección de los derechos humanos, sino una posición sobre el lugar de la política y de su concreción socioinstitucional, la comunidad estatal, dentro del orden internacional. Una cifra de los planteos que disuelven en el orden internacional la entidad de la comunidad política como comunidad independiente lo ofrece el paradigmático voto del juez Antonio Boggiano en el fallo “Simón” (14/6/2005)⁵. Cuando en el punto 9º de ese voto se afirma que la constitución (en definitiva, el Estado mismo) “se refiere” al orden internacional se está diciendo que *se ha trasladado a, instalado en (re-fero)* el orden jurídico internacional, y que ya es una parte de ese orden, sin perfiles propios que pudieran colisionar con el orden jurídico de los

³Cfr. Schmitt, C. (2009), *El defensor de la constitución*, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución vs. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, trad. M. Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 67 y ss.

⁴Cfr. Zagrebelsky, G. (2005), *El derecho dúctil*, trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 111-112.

⁵CSJN, Fallos: 328: 2056.

instrumentos internacionales y en particular de los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales internacionales. De allí la reiterada carga de Boggiano contra cualquier *genius loci* que aspirara a entorpecer la voluntad de los tribunales supracionales. En ese voto (repárese: anterior al fallo de la Corte IDH “Almonacid Arellano”, del 26/9/2006, en el que esa Corte establece formalmente la figura del *control de convencionalidad*) puede hallarse una fundamentación integral y complexiva para sostener todas las pretensiones parciales que comportan el allanamiento obligatorio del Estado a los criterios de la Corte IDH. La perspectiva del tiempo transcurrido permite aquilatar el papel de “hoja de ruta” del voto de Boggiano en la trayectoria teórica y práctica del cuestionable principio que estamos enjuiciando.

Por último, no es ocioso recordar en este lugar que Kelsen había recomendado la creación de un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria como el medio posible más adecuado para preparar el advenimiento de un Estado mundial, a partir del socavamiento de la independencia jurídica de los Estados existentes⁶.

III. LA CUESTIÓN ESPECÍFICA QUE NOS OCUPA

1. EL ARGUMENTO DE SAGÜÉS

Como se echa de ver, cada una de las observaciones anteriores tiene por objeto un problema de enorme relevancia e interés, y en esa medida ameritaría un extenso desarrollo. Es precisamente lo que nos proponemos hacer en un futuro inmediato. Mas en este lugar solo nos detendremos a señalar una confusión que afecta el quicio mismo de la justificación de la subordinación de la Constitución al tratado internacional. Se trata de un problema etiológicamente vinculado con el anterior, pero que inviste una relevancia de primer orden y una especificidad nítida, precisamente por girar en torno de la verdadera y primera causa del Derecho y del Estado. Nos referimos al principio que se halla como premisa y fundamento de la demostración mediante la cual Néstor P. Sagüés afirma *la primacía* del Pacto de San José de Costa Rica sobre la constitución política de los Estados signatarios. Estimamos pertinente citar el respectivo texto *in extenso*, tomándolo de unas de las publicaciones en que ese argumento ha venido apareciendo en los últimos años⁷:

⁶Cfr. Kelsen, H. (1946), *La paz por medio del Derecho*, trad. L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 27 y ss.

⁷Sagüés, N. P. (2010), “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, 117-135 (aquí 224-225 y 134 –cursivas nuestro–). Vide asimismo este trabajo del autor en: Sagüés, N. P. (2011), *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Instituto de Justicia Constitucional. Corte de Constitucionalidad, Guatemala,

“[En el control de convencionalidad] está igualmente comprendida la Constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos [“Almonacid Arellano” y “Trabajadores cesados del Congreso”]. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de *todo* el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*. Por ello, como en el caso de “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después⁸.

Desde luego, esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizá es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella.

Este nudo de la cuestión será, probablemente, el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad. Pero en definitiva, bueno es que alguna vez se plantee y resuelva nítidamente. *A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que, axiológicamente, el bien común internacional (en este caso, el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al Pacto sobre la Constitución*⁹.

2. LA VERDADERA NOCIÓN DE BIEN COMÚN –EN SENTIDO PROPIO–

Hasta allí Sagüés. El autorizado académico no ha marrado en la detección del plano en el que se dirime el criterio que permitirá juzgar si la Constitución de la comunidad política se subordina al tratado que vincula pacticiamente a los Estados parte y a la convención que emana de ese

t. IV, 272 y ss. (aquí, 280). Sagüés recurre a este mismo argumento en: Sagüés, N. P. (4 de abril de 2017), “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”. *El Derecho*, 1-4.

⁸García Ramírez, Sergio, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (México, UNAM).

⁹Desarrollamos esta idea en Sagüés, Néstor Pedro (1966), 214 y ss., inédita, adonde nos remitimos”; [el autor se refiere a]: “Integración y desintegración del concepto de soberanía, Tesis doctoral (Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense), inédita.

tratado. Ese plano es el de los principios del orden político. Y su eje decisorio radica precisamente, como lo sostiene Sagüés, en el respectivo bien común de las eventuales sociedades en cuestión, fundamento de la vida política y jurídica. Ahora bien, Sagüés sí ha errado en sostener la primacía de un bien común regional axiológicamente superior al bien común de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica. Porque tal bien común regional *no posee las notas de un bien común en sentido propio*.

Lo mostraremos dando por supuesta la concepción clásica de bien común –que es, precisamente, la más realista e integral de cuantas se han planteado sobre este principio¹⁰; y que es (lo recordamos, por hallarnos entre juristas) la que hacen suya dos importantes fallos de la Corte cuando consideran explícitamente la respectiva noción: “Quinteros” y “Spota”¹¹–. Intentaremos entonces determinar de modo muy sucinto cuál es la naturaleza propia del *bien común internacional*, para determinar analógicamente si es posible afirmar la existencia de un bien común supranacional regional en sentido propio entre los signatarios del Pacto de San José de Costa Rica.

Como la misma noción de *bien*, también la noción de *bien común* es análoga. Así, existe un bien común familiar y un bien común político; y también se habla de un bien común internacional. Se plantea la dificultad de la determinación de este bien común internacional, fundamentalmente de si consiste en un bien común *idéntico* al de las comunidades políticas; o, sobre todo, *análogo con analogía de atribución intrínseca* (y ya seguramente como análogo supremo del bien humano práctico en el plano natural); en otros términos, la cuestión de si acaso el bien común internacional es, él también, *un bien común en sentido propio* –y además de tal rango axiológico que subordinaría a los bienes comunes de las comunidades políticas del orbe–. La respuesta, lo adelantamos desde ya, debe ser negativa. El bien común internacional carece de dos notas esenciales del bien común político, a saber la de *organicidad* y la de *historicidad*¹². Lo precisamos brevemente a continuación.

Por una parte, el fin político es *orgánico* (sin que ello signifique atribuir a la comunidad política –cabe aventar desde ya el equívoco– la naturaleza propia de un organismo à la Hegel que anonadaría la entidad substancial

¹⁰Para una fundamentación del concepto clásico y realista de bien común político cfr. Soaje Ramos, G. (2005), “Sobre la politicidad del Derecho” y Medrano, J. Ma. (2005), “Tomar en serio el bien común”. En Castaño, S. R. - Soto Kloss, E. eds. (2005), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, Academia de Derecho UST, respectivamente 15-45 y 47-69; y la mejor obra conjunto que se ha elaborado sobre este tema, del argentino Avelino M. Quintas: cfr. Quintas, A. M., *Análisis del bene comune* (1979 y 1988), Roma, Bulzoni.

¹¹Cfr. respectivamente LL, t. 8 (1937), 404 y 405; CSJN, Fallos: 300:836.

¹²Tales las categorías empleadas por Louis Lachance al desarrollar este tópico: cfr. Lachance, L. (1979), *El derecho y los derechos del hombre*, trad. A. E. Pérez Luño, Madrid, Rialp, 212 y ss.

de los individuos que lo integran¹³). En efecto, tal como el bien común familiar, el bien común político comprende a todo el hombre, es decir, no atiende a una dimensión actualizable de la persona, sino a toda ella en su integridad corpóreo-espiritual. Pero a diferencia del fin familiar, el fin político es capaz de perfeccionar de modo más cabal y profundo al hombre. Se estructura a partir de un orden jerárquico de funciones e instituciones, fundado en el orden de las perfecciones humanas, que generan múltiples modos de colaboración entre individuos y grupos. El bien humano asequible a la comunidad política supone, pues, un denso entramado de relaciones, plural y complejo como el conjunto de actividades que los hombres cumplen al perseguir el orden de fines a que los impele su mismo ser, orden que comprende dimensiones económicas, ético-jurídicas y sapienciales. Por eso mismo, por atender a la actualización de las potencialidades de todo el hombre y de todos los hombres nucleados en comunidad política, el bien común político es *per-fecto* –o, en otros términos: *completo*–.

Por otra parte, además de *orgánico* y *completo*, el bien político es *histórico*. Esto significa que los fines humanos que convocan a la *pólis* –en particular su ápice, los bienes espirituales– se hallan signados por una historia concreta que los perfila y, en esa medida, los torna amables (i.e., capaces de atraer como fin) para los grupos y las naciones nucleadas dentro de ese común horizonte de sentido.

Esa historicidad del bien común político implica *concretidad*. En efecto, hemos afirmado, “el fin al que aspiran los individuos y los grupos es un bien proporcionado a sus capacidades, idiosincrasia y circunstancias. Ahora bien, esto no constituye una limitación o un defecto. Por el contrario, un fin que no estuviese conmensurado a la realidad concreta de una sociedad no ejercería ninguna causación sobre ella: no la atraería como algo amable. Y, si se le impusiera desde fuera, no sería un verdadero bien. De allí que el bien común consista en la promoción económica que atienda a tales particularidades geomorfológicas; en el cultivo de tales valores culturales; la determinación y tutela de tales principios jurídicos; la expansión de tal orden amical de convivencia; la subordinación autoritativa según tales usos inveterados; la veneración de tales paradigmas históricos ejemplares; la madurez de tal conciencia política; la libertad de decidir su destino de tales ciudadanos; el honrar a Dios según tales tradiciones. Y así en cada dimensión humana axióticamente relevante”¹⁴. No son, pues, bienes cualesquiera (abstractos, desencarnados) los que mueven a

¹³Cfr. Hegel, G. W. F. (1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, Dritter Teil, Dritter Abschnitt, & 257 y ss.; vide el & 324, sobre la *idealidad* (*Idealität*) de (todo) lo particular: vida, bienes, derechos del individuo.

¹⁴Cfr. Castaño, S. R. (2003 y 2005), *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 33.

los hombres y grupos moldeados por una empresa histórica común, sino aquellos que, por hallarse coaptados a su *segunda naturaleza colectiva* idiosincrática, han causado la convivencia y han cristalizado relaciones de integración perdurables.

Pero, por el contrario, el bien común internacional no posee las notas antedichas. Por un lado, el bien común internacional no es orgánico ni completo. Consiste en valores parciales que revisten la naturaleza de medios para el despliegue de cada comunidad autárquica (o sea: política), a saber, la seguridad (como remoción de los obstáculos que permiten los intercambios; y de todo aquello que comporte un riesgo para la supervivencia e incolumidad de las comunidades políticas) y la paz (esta entendida también en sentido positivo, no como ausencia de conflictos sino como llamado a la colaboración entre los sujetos que componen el orden internacional, sujetos *interdependientes pero no integrados* en un todo político). Por otro lado, el bien común internacional no es histórico ni concreto. Luego, al carecer de la *proximidad* axiológica que manifiesta el bien común político, el bien común internacional no puede causar la *proximidad* comunitaria que sí causa el bien de la *pólis*.

Como primera conclusión: el bien común internacional no es un bien común en el sentido propio de la noción, como sí lo son el bien común familiar y el bien común político (ambos verdaderos bienes comunes, aunque de distinto rango axiológico). Pero solo un bien común en sentido propio causa la existencia de una sociedad, entendiendo “sociedad” también en sentido propio –ejemplos de lo cual lo son la familia o el Estado–. En efecto, dado que el llamado bien común internacional no constituye el fundamento proporcionado que podría causar la integración en una sociedad: por ello tampoco existe una *sociedad internacional* en el mismo (y propio) sentido en el que existen familias y sociedades políticas –hoy llamadas “Estados”–¹⁵.

Luego, si del hecho de que existiera una sociedad (política) internacional, se seguiría que sus circunscripciones político-administrativas (con sus respectivos ordenamientos jurídicos y potestades de régimen) se subordinarían obligatoriamente a tal sociedad global; del hecho de la inexistencia de un Estado mundial se sigue que la subordinación del bien común político de los Estados al bien común internacional se opera solo respecto de aquellas cuestiones que afecten al plano de la *interdependencia*, es decir, que interesan a la seguridad y a la paz entre los miembros de la comunidad internacional *en sus relaciones horizontales de coordinación*. Toda pretensión de allanamiento automático del orden jurídico-político interno de los Estados a poderes formales (*de jure*) supraestatales o interesestatales

¹⁵Cfr. Castaño, S. R. (2015), “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro, Nueva Época*, U. Complutense de Madrid, vol. 18, 27-60.

–es decir, a poderes que existen por decisión de los Estados que libremente los constituyen– en principio estaría viciada de ilegitimidad.

3. COROLARIO Y REAFIRMACIÓN: EL BIEN COMÚN POLÍTICO COMO CAUSA Y PRINCIPIO DEL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO

Es acertado fincar –como lo hace taxativa y explícitamente Sagüés– en el bien común la razón o fundamento último por el cual los ordenamientos jurídicos deben adecuarse a las decisiones de un poder que actúa como última instancia de apelación. Precisamente porque el bien común político causa la existencia de una sociedad autárquica e independiente, una de cuyas funciones propias es la jurisdiccional (y dejamos aquí por un momento de lado el mencionado problema de la naturaleza de un fuero constitucional); función que, por corresponder al plano de una sociedad política, tendrá el rango de última. Lo que Santo Tomás llama la *operatio totius*¹⁶, desencadenada por la intención de un fin común que exige el obrar social concertado, es lo que Hermann Heller –desde otra tradición pero con la mirada puesta en la realidad objetiva– categoriza como “unidad de acción y decisión”¹⁷. Tal unidad de acción, el Estado mismo, con su potestad y su ordenamiento jurídico, está fundada en el bien común, que es su causa. En síntesis, hay sociedad política porque hay un fin común político; hay potestad política (con todas sus funciones necesariamente exigidas) porque hay sociedad política; y hay ordenamiento jurídico-positivo, coronado por su ápice constitucional, porque hay potestad política. Es decir que la supremacía del poder, con su inherente facultad para disponer del ordenamiento positivo como última instancia de apelación, *depende mediatamente del bien común político e inmediatamente de la existencia de una sociedad política, autárquica e independiente*. Tal la *secuencia ontológica* del orden político-jurídico, como la hemos venido llamando¹⁸.

La anterior elucidación –que abona el criterio de identificar al bien común como la clave de bóveda de todo el problema– puede refrendarse desde una perspectiva sociológica no empirista. Es así como, con arreglo a las categorías echadas al ruedo por Georges Gurvitch, debe afirmarse que *hay relaciones de subordinación* políticas y jurídicas –formales, orgánicas y obligatorias– porque, con prioridad lógica y ontológica, *hay relaciones de integración* en una sociedad política. Y, en consecuencia, no hay tal

¹⁶Cfr. Tomás de Aquino, *In Eth.*, L. 1, N° 5; vide asimismo *In III Sent.*, d. 18, a. 1; *In IV Sent.*, d. 1, q. 1, a. 3 ad 1um; C. G., II, c. 57.

¹⁷Cfr. Heller, H. (1983), *Staatslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 259 y ss.; Heller, H., “Staat” (2017) –versión castellana del autor de esta contribución como Apéndice de: Castaño, S. R., *El valor de la vida política en Hermann Heller*, prólogo de Jerónimo Molina Cano, México, Global Editores–.

¹⁸Cfr. Castaño, S. R. (2006), *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 65.

subordinación formal, estricta y jurídica donde no se da la integración política plena¹⁹.

Así pues, vuelve imponérsenos con toda necesidad la primera conclusión ya obtenida *supra*: a partir de la categorización del bien común internacional como forma (análoga) derivada –pero ante todo *impropia*– de bien común social, se sigue que ese bien público no puede ser causa de relaciones de integración plenas que constituyan una comunidad política. Y ello en razón de que no es un bien de la misma naturaleza del bien común que causa la existencia de las comunidades políticas del orbe. Luego, si no puede ser fin de una comunidad política, tampoco puede ser fin del órgano autoritativo de conducción que resulta de la existencia del Estado (es decir, del órgano que supone la realidad de la comunidad política). En otros términos, en el plano internacional no hay un fin político –y, por ende, una *sociedad política* mundial– que exijan la acción de un poder internacional. Pretender lo contrario sería postular la imposición de relaciones de subordinación formales, estrictas y jurídicas allí donde no existen relaciones de integración en un todo comunitario de naturaleza política. Ahora bien, *no hay legítima subordinación –ni durable y pacífica subordinación en el mero plano fáctico– sin previas y fundantes relaciones de integración en una sociedad.*

4. LA INEXISTENCIA DE UN “BIEN COMÚN REGIONAL” EN SENTIDO PROPIO

Seguiremos ahora el razonamiento de Sagüés: pues todo lo dicho del bien común internacional le cabe, *a fortiori*, al “bien común regional latinoamericano”. En efecto, si enfocamos nuestra atención en este último, constatamos igualmente que, en tanto verdadero bien común, *no existe*. No hay un *bien común* de una presunta *sociedad latinoamericana*, consistente en un bien humano complejo, jerarquizado, completo y concreto (sociedad cuyo órgano rector, investido de facultades constituyentes y constituidas ampliables *ad libitum*, sería la Corte IDH). Es decir: no hay un bien común del cual serían partes subordinadas *de jure* los bienes políticos (que ya no serían auténticamente *políticos*) de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica. En consecuencia, tampoco hay un todo político-jurídico mayor del cual esos Estados sean partes. Por el contrario, lo que hay es un plexo limitado y explícitamente enumerado de bienes jurídicos para cuyo resguardo los Estados han establecido una convención y una serie de facultades jurisdiccionales delegadas –y revocables– en cabeza de un tribunal surgido de la voluntad concorde las partes (soberanas,

¹⁹Vide Gurvitch, G. (1939), “Les formes de la sociabilité”. En Gurvitch, G., *Essais de sociologie*, París, Sirey; y Gurvitch, G. (1932), *L’idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIème siècle jusqu’à la fin du XIXème siècle.*, París, Sirey, 9 y ss..

o sea: independientes) en relaciones de coordinación. Se trata, pues, de uno de los dos elementos constitutivos del llamado bien común internacional (aquí, en un plano regional): a saber, la cooperación –en este caso, jurisdiccional–. Nos hallamos frente a una serie de necesidades parciales de la vida social que los Estados deciden atender colectivamente. Pero no se trata de un bien común –y con la naturaleza propia y estricta de un bien común político– que subordinaría obligatoriamente todos los fines comunes de los Estados signatarios (como también habría en ese caso una sociedad política regional de la que serían partes integradas –y subordinadas– los Estados signatarios con sus respectivas potestades y sus ordenamientos jurídicos). Tal subordinación jurídica representa una hipótesis irreal por imposible, en la medida en que no se basa en un orden *político-constitucional* que la sustente.

Efectivamente, resulta abusivo hablar de un *ius constitutionale* en casos como el de Hispanoamérica²⁰. Pues solo hay *constitución* si existe una *comunidad política*. Los Estados hispanoamericanos, los del Caribe y Brasil no conforman un Estado, tal como ocurre con todo pluriverso político vinculado por la relación *horizontal* de *coordinación* en la que consiste un *pacto internacional*. Esto es por demás evidente, y excusa de largas demostraciones. No es la comunidad de credo o raza, ni la lingüística, ni la cercanía geográfica (todas las cuales, por lo demás, se verifican aquí parcialmente), las que constituyen un Estado, sino las relaciones concordes y durables de integración política en una comunidad independiente. Reiterando y aplicando lo visto *supra* (3): solo la integración en una comunidad política genera relaciones (legítimas) de subordinación plena, no sujetas al acuerdo de los órganos que deben cumplirlas –en la medida en que estos órganos y las realidades sociales que representan son partes subordinadas *de jure* en el seno de un todo socioinstitucional que los comprende–. El fallo “Maastricht” (12/10/1993) del *Bundesverfassungsgericht*, cuyo valor principal hemos puesto de manifiesto en varios lugares²¹, da una acabada prueba jurisprudencial de ello: un tribunal supranacional –aquel propio de una unión de Estados– solo ejerce su jurisdicción gracias a la “autorización particular (*Einzelermächtigung*)” de los Estados que lo han creado; autorización particular que recae sobre materias explícitamente enumeradas, las cuales no pueden ampliarse sino mediante la aprobación

²⁰Así von Bogdandy, A.- Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (2017), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, México.

²¹Cfr., por todos, el análisis pormenorizado y el juicio crítico-doctrinal de la sentencia en Castaño, S. R. (2008), “La ‘secuencia ontológica’ del orden político como presupuesto de la politicidad del derecho y de la legitimidad del poder. A propósito del fallo ‘Maastricht’”, *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), N° 3, 15-34.

previa de los Estados signatarios del tratado. Tratado, por lo demás, del que esos Estados son “señores (*Herren*)”.

De allí que el instrumento jurídico de la constitución, que regula las relaciones orgánicas de subordinación (*de jure* obligatorias) entre los órganos de poder, presuponga, con prioridad ontológica, la existencia del Estado. Por eso en una unión de Estados como la Unión Europea no existe constitución. Y en nuestro caso –¡nótese!– no nos las habemos ni tan siquiera con una unión de Estados. Ahora bien, los abusos lingüísticos y conceptuales en el plano teórico pueden prohiar, a la postre, abusos en el plano de la praxis (i.e., ilegitimidad). Y es una obvia arbitrariedad, ante todo, asignar naturaleza de comunidad política a la colección de signatarios del Pacto de San José; como lo es la consecuente pretensión de endilgar carácter y efectos constitucionales a ese tratado y a la jurisprudencia emanada de la instancia jurisdiccional de él surgida.

Luego, debe reiterarse taxativamente que Sagüés ha identificado rectamente el principio en el que se asienta el fin –y del que nacen las obligaciones– de los poderes públicos: ese no es otro que el bien común. Aunque ese bien común no se encuentra donde Sagüés lo señala.

IV. CONCLUSIÓN –CON UNA ADVERTENCIA Y UNA DISCUSIÓN PREVIAS–

1. OBITER DICTUM SOBRE UN PROBLEMA QUE NO DEBE SER PERDIDO DE VISTA

Como nuestra dilucidación se asienta en el plano de los principios, no entraremos aquí a considerar una cuestión histórico-contingente que, con todo reviste la más grave relevancia política y jurídica en el plano de una praxis ordenada a la preservación de la ley natural universal y objetiva –de aquella que preceptúa respetar la vida del inocente desde la concepción hasta la muerte natural y que veta la equiparación de la homosexualidad con las relaciones maritales entre hombre y mujer–. Nos referimos al acuciante problema del desconocimiento legal del derecho a la vida del *nasciturus*²², el cual desconocimiento cuenta hoy entre sus corifeos más conspicuos, precisamente, a la Corte IDH. Es así como –por solo poner un ejemplo–, si el *control de convencionalidad* tuviera plena y obligatoria vigencia y los criterios de justicia de esa Corte primaran por sobre el ordenamiento legal y constitucional de los Estados parte del Pacto

²²Al “derecho a la vida”, como derecho subjetivo natural básico, Carlos I. Massini Correas lo denomina con mayor precisión como “derecho a no ser muerto injustamente” (cfr. Massini Correas, C. I. (1999), *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 200).

de San José de Costa Rica, estos deberían allanarse a lo dispuesto en el fallo “Artavia Murillo” y derogar las normas que prohíben la eliminación del *nasciturus*. Lo cual, en el caso de la República Argentina, impondría la necesidad eliminar la estipulación introducida en la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional²³.

Es por ello que una doctrina jurídica atenta a la defensa de los derechos subjetivos naturales de la persona humana debería, en la circunstancia actual, guardar la mayor de las prevenciones frente a la alternativa de que la Corte IDH imponga sus decisiones de modo obligatorio y efectivo en el sistema normativo de los Estados hispanoamericanos²⁴. Orillando ex-

²³Cfr. Ley 23. 849, art. 2º, en la Declaración Interpretativa al art. 1º de la Convención. Repárese en que si el tratado rige “en las condiciones de su vigencia” (CN, art. 75, inc. 22), ésta comprenderá necesariamente las reservas y declaraciones interpretativas que el Estado signatario introduzca en el instrumento internacional –cfr. en tal sentido, por ejemplo, Bidart Campos, G. (1995), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, t. VI, 557; Vanossi, J. - Dalla Via, A. (2000), *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 322; Badeni, G. (julio de 2005), “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Penal; Academia Nacional de Derecho (2005), “Dictamen acerca de los tratados y la supremacía constitucional”; fuera de la doctrina argentina y con el mismo criterio vide Carrillo Salcedo, J. A. (1995), *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 67-. Por otra parte, como sostiene el ex convencional Rodolfo Barra, la voluntad del constituyente de 1994 fue precisamente la de darle rango constitucional al tratado tal como era incorporado por el Estado argentino, “esto es, en las condiciones con las que el acuerdo obliga a la República Argentina”, lo cual supone que el tratado o la convención adquiere jerarquía constitucional incluyendo las eventuales reservas y declaraciones establecidas por el Estado –cfr. Barra, R. C. (1997), *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 34-42 (aquí, 36-37)–. Por el contrario, la exégesis de que la asunción “en las condiciones de su vigencia” alude a una mera vigencia internacional puede derivar de un posicionamiento doctrinal de fondo del tipo del excogitado por Boggiano (vide *supra*, II) según el cual el Estado virtualmente desaparece (i.e., *se licúa*) dentro del orden jurídico internacional cuando, como en el caso de la Argentina, se incorporan tratados a su constitución. Ahora bien, semejante temperamento resulta derechamente impugnabile, en cuanto parte de falsos principios individualistas y racionalistas. Varios de ellos comparecen y son criticados en la presente contribución.

²⁴Por otra parte, a la hora de *promover e imponer el aborto por la vía jurisprudencial y administrativa, desentendiéndose de la validez del derecho natural y del derecho constitucional positivo en vigor*, la Corte Suprema de la República Argentina ha contado con la posibilidad de apelar, en abono de tal política, a las recomendaciones emanadas del otro órgano creado por el Pacto de San José, a saber, el Comité IDH. Dice, en efecto, el voto de la mayoría en “F., A. L., s/Medida autosatisfactiva” (13/3/2012): “10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, ‘Baby Boy’, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos)”; en vista de lo cual decide “[...] 2) Exhortar a las autoridades

presiones poco académicas, sostenemos: *ningún jurista “pro-life” debería embanderarse hoy en día con la causa de los tribunales internacionales –Corte Interamericana de Derechos Humanos incluida– y defenderlos cual si fueran el reaseguro de la Justicia.*

Ahora bien, como ya hemos dicho, nuestra preocupación en este lugar es otra: la determinación del quicio ontológico sobre el que gira la existencia política, así como la naturaleza y las propiedades de la cosa política –quicio que constituye, además, el genuino basamento axionormativo del orden jurídico–.

2. *INTERLUDIO POLÉMICO: ¿SON LOS DERECHOS HUMANOS EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DEL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO?*

Es justamente respecto del principio de legitimidad del orden político y jurídico que debemos despejar una confusión no infrecuente en nuestra época. Se trata de la idea, a veces latente, a veces explícita, de que el fin legitimante del Estado y del Derecho fuera la protección de los derechos humanos.

En algunos ámbitos pareciera campear la idea de que la inexistencia de tribunales internacionales dejaría inevitablemente desprotegidos los derechos humanos. Pero si estos, a su vez, constituyen el principio de legitimidad del orden social, luego la necesidad de los tribunales internacionales, como la Corte IDH, se impondría de modo inapelable.

Esta perspectiva considera que el valor de la Política y del ordenamiento jurídico se funda ante todo en la tutela de los derechos de una serie coordinada de individuos y grupos. Así, esta perspectiva parecería identificar el fin del Estado y del Derecho con la preservación de unos derechos y exigencias particulares y abstractas, que se hallarían como levitando frente a la acción de los poderes públicos. La razón de ser de estos, por su parte, radicaría en el resguardo de aquellos. Los ciudadanos ya no serían miembros de una empresa colectiva común en cuyo seno persiguen el cumplimiento de su fin terreno; empresa portadora de un estilo propio de la convivencia que expresa un talante espiritual aquilatado por la historia propia –y que tiene el derecho a la independencia frente a todo otro poder político-jurídico–. Por el contrario, esta perspectiva ve a las partes de cada concreta comunidad política, ante todo y principalmente, como titulares de derechos que deben ser tutelados por una estructura

nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente” (CSJN, Fallos, 335: 197).

de poderes (indistintamente nacionales o internacionales, pues la misión de tales poderes se consume en la protección de los derechos y no en la conducción a un bien común social). Ahora bien, nótese que tal idea, a saber la de que el poder tiene como función primaria proteger a individuos y grupos es una clave de bóveda del falso planteo individualista, falso en tanto pretende explicar la realidad política (más aun: la entera realidad social) a partir de la yuxtaposición de intereses particulares, necesitados de protección y garantías. Ya hemos demostrado en otros lugares que este planteo (asumido, por lo demás, por la ideología liberal) convierte a la sociedad en un ente de razón sin fundamento *in re*, es decir, niega la existencia de una realidad social y de un fin social (común, participable y supraordenado) distintos de los individuos y sus fines particulares²⁵. Por ello el fin legitimante del poder, el fundamento axiológico de su existencia, se reduciría a la tutela de la serie de intereses particulares de los miembros de una *sociedad* que ya solo tendría el nombre de tal. La prelación –implícita o explícita– de la protección de los derechos humanos como fin del poder y del ordenamiento jurídico supone el planteo individualista, viciado por un plexo de errores que lo comprometen desde sus presupuestos. Solo para mencionar el núcleo del problema preterido por el individualismo filosófico-social, señalemos que el orden del bien humano resulta inasequible a los individuos y a los grupos infrapolíticos como la familia, pues solo es alcanzable por la acción aunada de una comunidad que trasciende la esfera de los individuos, las familias y los cuerpos intermedios –y que persigue un bien completo en el plano temporal–. Y es ese, precisamente, el fin del poder político: su función primaria consiste no en proteger a las partes sino en dirigir al todo de orden político –y, por ende, también a sus miembros– al bien común político.

Precisamente esa tensión entre las exigencias de la naturaleza humana respecto de sus fines perfectivos más altos, por un lado y, por otro, la incapacidad del hombre para alcanzarlos sin la colaboración consociada y la integración en la comunidad política, se refleja, asimismo, en la estructura de los derechos humanos entendidos en sentido fuerte: como derechos subjetivos naturales²⁶. Cabe remarcar que estos derechos, llamados “anteriores al Estado”, son anteriores a este solo *por el título*, mas no por su posibilidad de realización. En efecto, es verdad que el hombre tiene el título, fundado en la ley natural –título, por lo tanto, ontológicamente “anterior” al Estado– a un orden de derechos exigidos por su misma naturaleza para su plenitud como persona; sin embargo, solo podría alcanzar los *fin*es a

²⁵Cfr., por todos, Castaño, S. R. (2016), *El poder constituyente, entre mito y realidad*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Academia de Derecho. Universidad Santo Tomás, 24-25.

²⁶Para la concepción de los genuinos derechos humanos (fundamentales) como derechos subjetivos naturales cfr. Hernández, H. H. (2000), *Derecho Subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

los que esos derechos naturales se ordenan mediante la inserción en la comunidad política. Desde el básico derecho a preservar su existencia (librándose de enfermedades, por ejemplo) hasta los peraltados derechos a una identidad cultural o a conocer la verdad (pensemos en la verdad que trasciende el ámbito de la praxis cotidiana de una familia, como la verdad científica y filosófica) quedarían frustrados, en cuanto a su posibilidad de concreción efectiva, fuera de la participación del concreto bien común de la comunidad política. Esta dimensión de los derechos humanos, la de su cumplimiento, no es “anterior” al Estado, sino que exige la participación del bien común político. Como señala enérgicamente Millán Puelles impugnando la idea que los opone, hasta la misma dignidad de la persona humana supone la primacía del bien común político, reconocida y existencialmente asumida²⁷.

Luego resulta reductivo –*rectius*: abstractista– considerar como quicio axionormativo de la vida política y jurídica un abanico de derechos humanos. Porque estos derechos, en cuanto a su satisfacción y cumplimiento, son participaciones del bien común político, fin de una comunidad abocada a la consecución de un bien superior al que podrían alcanzar las partes por sí mismas. Por ello cabe reiterar que este bien –*medida última de lo justo concreto*²⁸–, y no los bienes particulares que se dan como participaciones de su riqueza perfecta, es fin del Estado y del Derecho y fundamento del principio primario de legitimidad del orden político-jurídico.

Quedaría en pie, con todo, la acuciante pregunta: más allá de todo lo dicho y sin perjuicio de ello, ¿no es acaso un cometido del poder político el “hacer justicia”, entendido esto como proteger a quienes sufren el avasallamiento de sus derechos? Sin duda alguna, tal es una misión que la conciencia común de la humanidad le atribuye al poder: acabado ejemplo de lo cual lo brinda la gran dramaturgia española del siglo de oro (así *Fuenteovejuna* y *El Alcalde de Zalamea*, por ejemplo). Pero ¿y qué ocurre cuando es el poder político mismo el que lleva adelante los atropellos, como sucede cada vez más a menudo? No esquivamos la gravedad de la cuestión. Pero resulta claro que la solución de esta tragedia epocal no se

²⁷Cfr. Millán Puelles, A. (1976), “El bien común”. En Millán Puelles, A., *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Rialp, 107-127. Dice el autor en el esclarecido texto: “[u]no de los aspectos de la problemática del bien común que de hecho han sido tratados con la más perniciosa ambigüedad es el de la primacía de este bien, y ello en virtud de su aparente antagonismo con el principio de la dignidad de la persona humana. En nombre de esta misma dignidad se relativiza con frecuencia, cuando no es que en absoluto se la niega, la regla de la primacía del bien común, indispensable para el recto orden de la convivencia” (124). El reconocimiento de la dignidad de la persona humana, recuerda en esa línea Millán Puelles, le era retaceado al esclavo “no tanto porque privadamente fuese maltratado cuanto porque no se le reconocía ningún derecho a poder ocuparse del bien común” (Millán Puelles, A., “Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana”, *ibíd.*, 132).

²⁸Sobre la noción axial de lo justo concreto cfr. Lamas, F. A. (1974/5), “Justo concreto y politicidad del Derecho”, *Ethos*, N° 2, 205-221.

alcanza negando los principios del orden político y celebrando las pretensiones de instancias jurisdiccionales que ocultan la ilegitimidad de su ejercicio con el lema-talismán de los derechos humanos. Sino restaurando la vigencia de la ley natural y divina. Lo recordado en 1) abona (si es que resultara necesario hacerlo) esta afirmación evidente.

3. *CONCLUSIÓN SINTÉTICA FINAL*

Cerramos finalmente (en lo que al presente trabajo respecta) nuestra breve puntualización crítica con la conclusión final que con necesidad se desprende de lo afirmado hasta aquí: *es, sí, efectivamente, el bien común el que da la razón última de la primacía entre el tratado y la constitución. Pero es precisamente el bien común el que funda la primacía, prelación y superioridad axionormativa de la constitución política sobre la Convención y la interpretación que los equipos de la Corte IDH hagan de ella.*