

LAS NORMAS DE *JUS COGENS* DEL DERECHO INTERNACIONAL: ¿UN LÍMITE MATERIAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Ramón E. Trejo*

RESUMEN. *El presente trabajo consiste en plantear si las normas de derecho internacional jus cogens que se han incorporado paulatinamente pueden limitar la capacidad que tiene cada pueblo para llevar a cabo una reforma constitucional y si es así, cómo impacta en los conceptos clásicos de la teoría del Poder Constituyente, la soberanía estatal y la democracia.*

PALABRAS CLAVE. *Reforma constitucional. jus cogens. Poder constituyente. Supremacía constitucional. Soberanía.*

ABSTRACT. *Throughout this paper we will consider whether jus cogens international norms, that have been gradually incorporated, can limit each nation's capacity to carry out a constitutional reform and, if so, its impact over the classical concepts of the theory of the Constituent Power, state sovereignty and democracy.*

KEY WORDS. *Constitutional reform. jus cogens. Constituent power. Constitutional supremacy. Sovereignty.*

La teoría del Poder Constituyente, tradicionalmente se ha esbozado amalgamada a una Teoría del Estado, que encontró en el desarrollo de los modernos Estados Nacionales su explicación y existencia.¹ Básicamente la primera supone que todo *pueblo* tiene la capacidad de auto normarse, sin interferencias de otros Estados en su emancipación normativa y cuyo

* Magister en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Matanza. email: rtrejo@derecho.uba.ar

¹ El planteo teórico, la conceptualización y encuadramiento de este artículo, en términos generales ha sido tomado de DIAZ RICCI, Sergio Miguel, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004.

resultado es la elaboración de su propia Constitución.² De allí que nociones como poder constituyente, poderes constituidos, acto constituyente, Constitución, Estado Nacional y soberanía estatal vayan unidos en un todo coherente, uno de la mano del otro.³

En forma paralela, en el derecho internacional público, se desarrollaron normas imperativas del derecho internacional general, *ius cogens*, que se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional.

Ahora bien, al entrecruzar estas normas imperativas internacionales -*jus cogens*- con las Constituciones locales ¿se limita la capacidad que tiene cada *pueblo* de auto normarse? ¿le quitan soberanía al *poder constituyente* local?⁴

Para responder a estos interrogantes, uno de los ingredientes más importantes es determinar quién es el titular del Poder Constituyente, es decir, quién se encuentra *legitimado* para hacer o reformar una Constitución. Si la respuesta a las preguntas antes formuladas es positiva, estaremos dando un golpe de timón en la teoría tradicional, para situar no sólo al “pueblo-partidos-nación” como los que le dan sustrato político, contenido o materia, a la Constitución, sino a una difusa comunidad de Naciones de muy difícil caracterización.⁵

Estas dos preguntas se transforman en un campo fértil para el comienzo de un estudio, que toma a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), junto a la doctrina que emerge de los órganos jurisdiccionales de interpretación creados por ella, como una posible limitación a la potestad que tiene cada uno de los *pueblos* iberoamericanos

² BORJA, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, 2º ed. México, Ed. FCE, 1991. Expresa el jurista ecuatoriano que “*la sociedad, al darse por primera vez un orden jurídico o al renovar totalmente el existente, no se encuentra circunscrita por limitación alguna de carácter positivo y posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno*”, p. 319.

³ Emmanuel Sieyès señaló las diferencias entre poder constituyente y poderes constituidos ante el Comité Constitucional de la Asamblea Francesa, en julio de 1789. Allí afirmó que: “*Una Constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar. . Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la constitución de los otros. El poder constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella le plazca adoptar. . .*”. Conf. SIEYÉS, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.

⁴ Los límites aquí señalados son el punto dentro del cual el uso de una facultad o un poder puede ejercerse. Una vez delimitado el campo de acción, al ejercicio de un poder o facultad se le pueden imponer limitaciones. Supone entonces que existe una primera “gran” limitación, en este caso, en términos jurídicos, que es la propia Constitución. Conf. RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “El Principio Constitucional de la función social de la Propiedad”, en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Ed. Univ. Complutense, 1992, España, p. 1531.

⁵ Señala Luis Tobar RIVADENEIRA que la soberanía “real” trajo, como reacción, la soberanía “popular”, sin modificar esencialmente sus caracteres, con lo cual se atribuye la soberanía a un elemento del Estado. Este mismo autor expresa que la “voluntad General” es un mito, pues en verdad es la voluntad de la “mayoría”, y ésta es esporádica y además “incapaz de resolver los asuntos públicos”, no es infalible y criticando a Rousseau, expresa que la ley del número no es signo de acierto: la circunstancia que la mayoría se pronuncia, no significa que tiene razón. Conf. RIVADENEIRA, Luis Tobar, “La Soberanía”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador*, Año XVI, N°50, Quito, 1988, p. 41.

al momento de darse o reformarse su propia Constitución como una manifestación del poder constituyente.

Para ello será necesario acudir (1) brevemente a los aportes convencionales de la teoría del Poder Constituyente, y plantear (2) el tema de los límites a una reforma constitucional. Seguidamente (3) se hará un repaso a los aportes de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculados con el tema, para luego (4) analizar su relación entre ambos y concluir (5) con una reflexión final.

I. LA TEORÍA TRADICIONAL DEL PODER CONSTITUYENTE.

El Estado constitucional de derecho se funda en los principios político-jurídico de democracia; y jurídico, de supremacía constitucional. De acuerdo al primero, corresponde al pueblo el ejercicio del poder constituyente en cuanto titular de la soberanía y cuyo producto es una Constitución, que se considera la Ley Suprema.⁶ Confluyen allí el sistema representativo y la soberanía popular.⁷ Tradicionalmente, la Constitución es vista como un bloque único en la cúspide del sistema legal y el *poder constituyente*, como la capacidad con la cual cuenta la sociedad de darse su propia Constitución.⁸ Por lo cual, su titular, es el propio *pueblo* de cada Nación y a este le corresponde su ejercicio.

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos la desarrolló el abate Sieyès en Francia⁹, y Alexander Hamilton en Estados Unidos.¹⁰ El proceso constitucional argentino recogió ambas fuentes, tanto francesa como norteamericana y lo plasmó en la Constitución Nacional Argentina (en adelante CN) en su art. 1 cuando se refiere al sistema de gobierno Republicano, y en el art. 33 al reconocer los derechos implícitos que surgen de la “soberanía del pueblo”.¹¹ La diferencia entre el proceso de creación de la CN, y el de

⁶ Señala FERRAJOLI que “...“*constituyente*” no puede ser ni un derecho, ni una obligación, ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos “*poder constituyente*” [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas...”. FERRAJOLI, Luigi *Principia iuris. 1. Teoría del diritto*, Laterza, 2007, pp. 100-101.

⁷ El liberalismo político contemporáneo es hijo del cúmulo de libertades que se forjaron bajo el paradigma moderno, donde la “libertad de los modernos” ha puesto el acento en la libertad de expresión, de pensamiento, protección de la libertad personal y a la vida, y el derecho de propiedad. El republicanismo, en cambio, ha defendido la “libertad de los antiguos”, aquellos primeros atisbos de autodeterminación política y limitación del poder soberano. Ambos responden preguntas diferentes, en momentos distintos. Conf. HABERMAS, J. “Reconciliación Mediante el uso Público de la Razón”, en Jürgen HABERMAS y John RAWLS, *Debate Sobre el Liberalismo Político*, G. Vilar Roca (Trad.), Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

⁸ Esta es la concepción iniciada por John Locke, Thomas Paine, Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt, cada uno, claramente, con sus matices. En contra, REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998. Este autor califica de mito inadmisibles para la ciencia del derecho y deriva su juridicidad de la norma fundamental del sistema jurídico de cada Estado, que le atribuiría la competencia para emanar una Constitución.

⁹ El concepto de soberanía popular fue sustituido por la soberanía de la Nación, un ente abstracto, que funciona a través de un mecanismo de representación directa del pueblo ejercido por las Asambleas. SIEYÉS, *ob.cit.*

¹⁰ Allí surgieron los *convenants*, el resultado del pacto social sobre la cual se realizaba una congregación y que fundó las bases del modelo norteamericano, que debía ser ejercida directamente por el pueblo, haciendo fuerza la idea que hoy podemos asociar a un “contrato social, en términos contractualistas.

creación de derecho ordinario tiene su expresión en la teoría norteamericana en la distinción entre los poderes constituyentes y constituidos.¹² No obstante, la doctrina que emana de Sieyès, establece que el ejercicio del poder constituyente es dinámico, pues el pueblo siempre conserva el ejercicio de la soberanía dentro de las formas que señala la propia Constitución y no puede quedar atrapado por un cuerpo de normas positivas, fijas y estables.

Esta capacidad del poder constituyente es de dos clases y se manifiesta mediante la función de crear –poder constituyente originario- o modificar –poder constituyente derivado- la Constitución. De acuerdo al procedimiento que le haya impuesto la Constitución precedente, el poder constituyente derivado se identifica con el poder de reforma constitucional, sea ésta parcial o total. Dado que tanto la creación originaria del Estado -y con ello, de su primera Constitución- como la ruptura constitucional que transcurre por la vía revolucionaria o violenta fuera del procedimiento marcado por la propia Constitución vigente son aspectos que residen en el mundo de los hechos, el poder constituyente, como concepto jurídico, no puede manifestarse sino en un órgano del Estado sometido al Derecho.¹³

Este aspecto no contempla adecuadamente una explicación satisfactoria acerca del origen fáctico de la CN, centrándose en el fundamento de validez bajo la ficción de que procede de quien tiene el poder, es decir, el pueblo y por tanto, en razón de que este poder no tiene limitación normativa alguna, su legitimación es democrática.¹⁴

Para el positivismo, el poder constituyente sólo puede realizar una función constituyente jurídicamente, cuando crea una nueva Constitución o modifica parcialmente esta última por los cauces previstos en la Constitución antecedente. Partiendo de los conceptos de Constitución en sentido material y en sentido formal, se distingue entre el “*poder constituyente en sentido material*” y “*poder constituyente en sentido formal*”. En un sentido lógico-jurídico, cabe hablar de una “voluntad constituyente” en todo ordenamiento jurídico, cuyo sentido subjetivo popular se torna objetivo al transformarse en una norma jurídico-positiva. Se trata del poder constituyente en sentido material, que establece la creación de normas de los órganos superiores del Estado.¹⁵

El *acto constituyente* es el ejercicio de hecho, informal y desregulado del poder constituyente que, a su vez, es una institución originaria porque no es producida por ningún

¹¹ Entendida como la capacidad jurídica de decisión definitiva, aquí puesta en crisis. En la órbita temporal, es una cualidad del Estado. Conf. TOBAR RIVADENEIRA, *op. cit.*, p. 70.

¹² Es, decir, que los poderes constituidos “*se mueven dentro de la órbita que le fija el poder constituyente mediante la Constitución*”. Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 4^o, ed. Buenos Aires, Kapeluz, 1959, p. 62.

¹³ El Poder constituyente originario actuaría así libre de toda otra condición, requisito o regla que provenga de una manifestación de voluntad colectiva precedente a su actual propósito organizativo, y libre también de toda forma o procedimiento que se le imponga al realizarlo. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Derecho Político*, 2^o ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1984, p. 167.

¹⁴ Es así que se presenta como extra normativo, original y superior, anterior al proceso legal que funda y construye la constitución normativa de un determinado pueblo o sociedad. Weber aludía al concepto de legitimidad como un conjunto de normas y principios que son generalmente cumplidos y aceptados por los destinatarios en función de creencias compartidas por ellos. WEBER, Max *Economía y sociedad*, nota preliminar y trad. de José Medina Echavarría, 3^a ed., Ed. FCE, México, 2014.

¹⁵ En un sistema en que solo el pueblo es el soberano, es éste quien tiene la titularidad originaria del poder constituyente, y por lo tanto extraordinario temporal y orgánicamente. Conf. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Ed. Cívitas, Madrid, 1976, p. 466.

otro acto jurídico; dicho *acto* produce como resultado una Constitución, de la cual se desprende la obligación de realizar ciertas conductas, y la prohibición de otras. A la vez, establece las competencias de todos los poderes constituidos, inclusive, fijando el procedimiento para la reforma constitucional, idónea para fundar o refundar un ordenamiento.

En la tradición argentina, se asemeja al poder constituyente en sentido formal, como el verdadero poder constituyente. Sólo allí donde se identifica a una Constitución en sentido formal, puede hablarse igualmente de poder constituyente en sentido estricto, que surge, en palabras de Alberto Spota, del poder político, escindido en poder legislativo ordinario y en el poder legislativo constituyente.¹⁶

El poder constituyente es entonces un poder *soberano*. Además, es un poder jurídico-positivo, pues establece la norma suprema -o fundamental- del ordenamiento jurídico, identificado con el poder de reforma constitucional, parcial o total. Hay un poder constituyente allí donde hay Constitución, cuya elaboración y modificación ha de ser realizada por procedimientos distintos a aquellos por los que el poder legislativo ordinario crea leyes ordinarias.

Siempre que la validez de una Constitución pueda ser reconducida lógico-jurídicamente a otra anterior —es decir, que se reconozca un ordenamiento jurídico anterior— conforme a cuyas previsiones ha sido elaborada, se podrá hablar de un poder constituyente derivado. Debido a que sólo la norma jurídica que reconoce su fuente en la voluntad del pueblo se erige como norma suprema, solo el pueblo puede determinar cuáles son las condiciones de su reforma. Éstas pueden ir desde la determinación pura y simple del órgano y el procedimiento de elaboración hasta la previsión de contenidos cuya modificación le está vedado al poder constituyente derivado, pero cuya existencia misma es meramente contingente, es decir, si los ha contemplado en el texto. Los primeros son llamados límites formales al ejercicio del poder constituyente, los segundos, límites materiales o cláusulas de intangibilidad.¹⁷

Por el contrario, donde la Constitución no ha previsto límites algunos para su reforma, cualquier reforma constitucional, incluso la supresión total de la Constitución preexistente y su substitución por otra nueva es perfectamente posible, derivándose su validez de la Constitución suprimida.¹⁸

Con la Constitución el pueblo no sólo se auto limita, sino que *constituye* los poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, lo cuales pueden ejercerse en los términos que la propia Constitución establece. Por supuesto que una teoría estricta acerca del poder

¹⁶ SPOTA, Alberto, *Lo político, lo jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

¹⁷ El art. 30° CN al expresar que “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes” indica que no cuenta en su articulado con cláusulas irreformables. Con esto se eliminan las limitaciones explícitas, que son prohibiciones al ejercicio del poder de reforma contenida en las Cartas Fundamentales, y que funcionan como una valla de mayor rigidez a la reforma sustancial de una Constitución.

¹⁸ En términos de teoría jurídica, la doctrina del poder constituyente del pueblo no es sino la formulación de una norma básica del ordenamiento, esto es, de una norma de la que deriva la validez de todas las demás. Según la teoría del poder constituyente del pueblo, este, en cuanto es soberano, tiene un poder absoluto para determinar lo que es derecho, y lo ejerce dando una Constitución en la que determina los procedimientos y los límites de la creación de normas. Establecida la Constitución el propio poder del pueblo queda sujeto a ella, pues la voluntad popular de reformarla sólo podrá expresarse válidamente siguiendo los procesos de reforma que la propia Constitución establece.

constituyente del pueblo, llevada al extremo, supondría que éste puede actuar inclusive al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también sin contemplar el procedimiento de reforma que la Constitución prevé o incluso aunque la Constitución se declare irreformable; si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente. Ello acabaría con lo particular del acto constituyente e, inclusive, con las características esenciales de la Constitución.

A grandes rasgos, la teoría ha girado entre estos matices, a la cual cabe agregar finalmente la opinión de Carpizo, quién introduce una entre órganos o poderes constituidos primarios y órganos o poderes constituidos secundarios. Si bien todos son constituidos porque se crean en la Constitución, los primarios gozan de jerarquía superior respecto a los secundarios.¹⁹ Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, y los secundarios son los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos. En su opinión, lo que se debe tener en mira es su función o competencia. En tal sentido, una convención constituyente es jerárquicamente superior en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los poderes constituidos, e incluso los puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. Por su parte, entre los órganos secundarios no existe jerarquía alguna y sólo prima la competencia a ellos asignada por la Constitución.

II. PODER CONSTITUYENTE Y SUS LÍMITES.

El poder constituyente originario alude a la creación de un orden jurídico, que no contempla el ordenamiento anterior, ni en sus formas ni en su contenido.

Por ello, la soberanía del poder constituyente, en principio ilimitada jurídicamente, se deposita en la norma que crea, se convierte en un concepto jurídico y, por tanto, relativo.²⁰ Pasa a formar parte de la característica del poder del Estado, y se refleja en la inexistencia de otro poder por encima de aquél del que se predica esta cualidad, que la predetermina y vincula jurídicamente. En ningún caso significa la ausencia total de límites jurídicos, pues el propio Derecho, que es su producto, actúa al mismo tiempo como límite, en primer término, por los pactos políticos —en el caso argentino, reconocidos en el Preámbulo— que actúan como compromisos materiales con una fuerza cuasi-legal.²¹

Aplicado este esquema al poder de reforma constitucional, ejercido mediante una asamblea extraordinaria - artículo 30 de la CN-, que por su función sería el órgano supremo

¹⁹ CARPIZO, J. “El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°125, disponible en [http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e](http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2009.125). 2009.125, fecha de consulta: 06/09/17.

²⁰ Su relatividad alude a su carácter. Como destaca González Encinar, citando a Pedro de Vega, “*Un poder constituyente, como poder previo e ilimitado, como poder absoluto y total del pueblo soberano, ni existe ni puede existir en la realidad, porque ni el pueblo hace la Constitución ni el poder de hacer la Constitución es un poder ilimitado.*” Conf. GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, “La Constitución y su Reforma”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Núm. 17 mayo-agosto, 1986, p. 354.

²¹ Como expresa HELLER, “*La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso, sino producto*”, “*una forma abierta a través de la cual pasa la vida*”. HELLER, H., *Teoría del Estado*, México, Ed. FCE, 1971, p. 268.

de expresión de la voluntad del Estado, el razonamiento conduce a afirmar el carácter de *soberano* del Estado, pues sólo se halla sometido a los límites que le ha impuesto el poder constituyente originario. Las categorías jurídicas “soberanía”, “poder constituyente” y “límites a la revisión” aparecen así fatalmente entrelazadas.²² Sin embargo, éstos son límites autoimpuestos que se derivan de su capacidad que tiene el cuerpo social para auto limitarse y auto determinarse jurídicamente.

En tanto que poder jurídico, el poder constituyente derivado se considera sometido en primer lugar a límites formales. Si además la Constitución ha establecido límites materiales a la reforma constitucional, éstos también la vinculan. Ningún límite que no haya sido expresamente recogido en la Constitución, o tácitamente derivado de su interpretación, puede ser entendido como expresión de la voluntad del Estado y, por consiguiente, no vincula al poder constituyente en su manifestación como poder de reforma constitucional.

La existencia de límites jurídicos al poder reformador del Estado es una exigencia necesaria, natural o cuasi lógica de la existencia misma del ordenamiento jurídico, cuyos límites materiales al poder de reforma constitucional es la mejor expresión de esa necesidad, y cuya validez se puede deducir de la voluntad inmanente al propio Estado.

Plantear una separación neta y bien definida entre los poderes constituyente y constituido, no implica, en principio, que el órgano constituyente tuviese que estar materialmente limitado en el ejercicio de sus funciones desde un punto de vista jurídico-positivo, pues cualquier reforma constitucional tan profunda o tan amplia que eliminase la Constitución vigente no supondría la oposición a la voluntad de la Nación, sino un cambio en la voluntad de la misma y su expresión mediante el cauce del órgano de reforma constitucional. Es decir, un nuevo poder constituyente originario.

Sin embargo, al admitir un sujeto prejurídico (pueblo, nación, o inclusive, partidos políticos) como titular de la soberanía, no permite el desarrollo de un ejercicio ilimitado de un poder constituyente sometido sólo a reglas jurídicas. Existe, en concreto, límites que operan en forma de pacto político-social, tradiciones, costumbres que no pueden ser dejadas de lado por una convención constituyente.

Se explica así, por qué desde este prisma dogmático no se plantea la necesidad teórica de limitar materialmente las facultades del poder de reforma constitucional, pese a sus múltiples evidencias fácticas.²³ En primer lugar, las formas. La caracterización de ese poder pre-constituyente, necesita ponerse en práctica de alguna manera formalmente, ya sea a través de un poder constituido, una asamblea o un cuerpo con algún grado de representación. Esta necesidad, choca con la ficción que instala a un colectivo indeterminado como autor de la reforma constitucional—e inclusive de la propia Constitución—. De allí, que de la existencia *positiva* de límites materiales al poder de reforma constitucional, aparecen con toda evidencia, las *exigencias* materiales. Ahora bien, ¿pueden existir reglas

²² Conf. JELLINEK, Georg *Teoría general del Estado*,; trad. y prólogo de Fernando de los Ríos, Ed. FCE, México, 2000, p. 687.

²³ En igual sentido señala Pedro DE VEGA que “...cuando el Derecho Constitucional se edifica sobre la realidad histórica del Estado Constitucional, comienza a resultar impensable una teoría de la Constitución que eluda una teoría de la reforma”, en DE VEGA, Pedro, *La Reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, p. 24.

externas a estos actores que en los hechos operen como los límites materiales a la reforma constitucional con el mismo *status*?

Los límites de la reforma entonces, se conjugan con los límites de la propia Constitución y los que impone la política coyuntural al momento de reformarla. Como señalamos, en la Argentina el mecanismo de reforma constitucional se encuentra contemplado en el Art. 30° CN, el cual establece que la convocatoria a la reforma se hará por parte del Congreso con una mayoría de dos terceras partes de sus miembros, dándole una característica de rigidez, sin establecer límites materiales.²⁴ Esta función del Congreso es ejercida, por expreso mandato constitucional, como un órgano preconstituyente, no como órgano constituido, por lo cual se suele aludir a la ley de convocatoria en forma insatisfactoria, ya que no es una ley propiamente dicha.²⁵ La única limitación es formal, un procedimiento a seguir, con una mayoría calificada.²⁶

Si bien la CN expresa en su art. 30° que puede reformarse en “*todo o en cualquiera de sus partes*”, lo cual admite la capacidad que tiene el pueblo a elegir sus propias instituciones, la construcción del límite material –sea cual sea su contenido: lógico, funcional o político-moral- ha de dejar de ser considerado como una norma supra constitucional tácita y exige –además- un tratamiento teórico que desentrañe sus peculiaridades como estructura normativa y la relación que éstas tienen con las distintas esferas locales. Y ello, en razón de que la integración internacional no sólo se da en forma expresa y circumscripita a aquellas materias determinadas, sino que se impregna y llega, incluso, a minar la soberanía estatal, aún en su concepción más pura. El sentido clásico de soberanía y su autodeterminación que formó al Estado Moderno, no puede hacer frente a los retos actuales. La aceptación de órganos supranacionales con capacidad de dictar normas que son obligatorias en los respectivos países de forma autoejecutable, supone una de las limitaciones más importantes, no sólo para la legislación ordinaria, sino para una futura reforma o una nueva Constitución.²⁷

III. LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y LA CADH.

La CN establece en el art. 30 una formalidad constitucional, como lo es la mayoría agravada para proceder a la reforma constitucional. El planteo que efectuamos aquí, es que

²⁴ La rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente, a la vez que reduce en mayor o menor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. Conf. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 59.

²⁵ En dicha convocatoria se fijan los puntos a reformar y la actividad de una Convención Constituyente, así como el procedimiento de elección de los convencionales constituyentes que integrarán dicha convención. Luego se lleva a cabo la Convención propiamente dicha, donde se discute y debate los puntos a reformar. El resultado de ello es, claro está, la Constitución reformada.

²⁶ La atribución del Congreso establecida en el art. 30 CN, lo es en carácter de Poder pre constituyente, no como poder constituido y como lo ha señalado la Corte Suprema, “*De conformidad con ello, el Honorable Congreso de la Nación declara la necesidad de la Reforma Constitucional, y esta declaración es normativa, es decir, contiene un mandato obligatorio.*” Fallos 340:257 (2017).

²⁷ Conf. TOBAR RIBADENEIRA, *ob. cit.*, p. 74.

los tratados internacionales suscritos por el Estado Argentino frente a los Organismos Internacionales, especialmente en materia de Derechos Humanos, junto a la interpretación que realizan de aquellos tratados los órganos específicos²⁸, se erigen como una restricción material en la capacidad del constituyente para introducir elementos que contraríen o desconozcan aquellos compromisos.

A raíz de la reforma constitucional argentina de 1994, es frecuente escuchar diversas opiniones acerca de lo que la CN permite en relación con el proceso de integración americano-especialmente el referido a la creación de una jurisdicción estandarizada iberoamericana-, el cual trae aparejado una transferencia de competencias soberanas hacia instituciones que no se alojan en ningún Estado. Y ello en razón de que este proceso, afecta la dimensión simbólica de la soberanía estatal no sólo en su ámbito externo, sino en su ámbito interno, al llevar involucrado en forma concomitante una limitación material a la normativa local.²⁹ La respuesta jurídica a la integración iberoamericana, involucra una alteración de la soberanía estatal, del sistema republicano de gobierno y de la calidad democrática de las instituciones que rigen en cada país, y no proviene solamente de lo normado en el plano constitucional, sino del carácter dinámico de los ordenamientos jurídicos y de la propia CN, ordenada a través de su procedimiento de reforma y de la interpretación que se realiza de ella.

La posibilidad de que cambie el contenido de la CN permite pensar también que el proceso político-constitucional puede verse condicionado en todo su alcance por reglas establecidas fuera de su territorio, de su soberanía o dominio. De ahí que, si bien cada pueblo tiene la capacidad de autonormarse, las reglas que emanan de los instrumentos internacionales se traducen en limitaciones materiales a la posibilidad de reforma de la Norma Suprema local por un lado, y por el otro, significa un diagnóstico acerca de la capacidad efectiva que tienen dichos instrumentos para consolidar una pretensión universalista en la protección de los derechos.³⁰

No se trata de los límites formales que la propia Constitución tiene incorporada al que hemos aludido. En un principio, la CADH, además de encontrarse formalmente incorporada -art. 75 inc. 22 CN-, se puede caracterizar como un límite material, al establecer reglas o principios que impiden ser dejados de lado por el derecho positivo local. Esta caracterización incide en la delimitación de su ámbito espacial, personal, temporal y material de aplicación, variable según su mayor o menor grado de incidencia en cada «positividad» estatal.

²⁸ Fallos 318:514 (1995). Allí el Máximo Tribunal señaló que “*La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*”. En igual sentido, en la causa “Simón”, expresó que “*..como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento.*” (Fallos: 321:3555 y sus citas).

²⁹ ESTÉVEZ ARAUJO José A., *Crisis de la Soberanía Estatal y Constitución Multinivel*, Universidad de Barcelona (España), Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 40, 2006, p. 47.

³⁰ Para una crítica a esta pretensión, GEORGE, Susan, “¿Globalización de los derechos?” en *La globalización de los derechos humanos*, Susan George y otros, (comp), Ed. Crítica, Barcelona, 2003, pp.23-48.

En este aspecto las normas imperativas del derecho internacional general - *ius cogens* -, si bien son normas básicas e imprescindibles que se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional, cuando nos fijamos en su reconocimiento y su efectividad, encontramos resultados difusos e incluso, incompatibles con la literalidad del texto constitucional ¿podría el Presidente de la Nación indultar a una persona condenada por genocida? A la luz del texto constitucional, el Presidente tiene la facultad de indultar y conmutar penas sin restricciones según lo prescribe el art. 99 inciso 5º CN. Pero a tenor de la jurisprudencia de la Corte IDH como órgano de interpretación de la CADH, esto puede implicar una violación a los compromisos internacionales asumidos y por lo tanto, se presenta como una restricción a las competencias locales.³¹ La duda que surge es si esa limitación a los poderes constituidos ordinarios también afecta al poder constituyente. He ahí donde confluyen la positividad de la CADH al recoger en su texto reglas *ius cogens*, la interpretación de los órganos encargados de su cumplimiento, el texto constitucional, y la posibilidad de limitar el ejercicio constituyente.

En el Derecho internacional, y en particular en el del *ius cogens*, -con las limitaciones que señalaremos *supra*- los Estados juegan un papel trascendental. Son los que unilateral y voluntariamente crean y reconocen los instrumentos jurídicos en el Derecho internacional, obligándose a cumplirlos. La relevancia del consentimiento del Estado es innegable en el proceso de positivación del Derecho internacional, que al mismo tiempo constituye el fundamento de la jurisdicción internacional.³²

En este proceso de integración jurídica internacional, la incorporación al ordenamiento local de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969, significó una limitación implícita a la capacidad del Poder Constituyente.³³ En lo que aquí interesa, la previsión contemplada en el art. 27º, que impone al Estado la prohibición de alegar su Derecho Interno para justificar el incumplimiento de un Tratado le otorga al derecho internacional primacía sobre el interno. A su vez, en sus arts. 53º y 64º se incluyó una definición expresa acerca de la expresión *jus cogens*³⁴, las cuales se pueden sintetizar como aquellas que deben ser aceptadas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, no aceptan acuerdo en contrario y solo pueden ser modificadas por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En caso de contradicción entre una norma de *ius cogens* y otra norma, la consecuencia será, por lo tanto, la nulidad de esta última -refiriéndose a los tratados entre los diferentes Estados.

³¹ En el caso «Velázquez Rodríguez» (sentencia CIDH, Serie C N° 7, 21 de julio de 1989), la Corte IDH señaló que cuando los hechos imputados son calificados como delitos de lesa humanidad, no hay posibilidad de que indultos o leyes de prescripción impidan su juzgamiento o condena.

³² Esto sin duda en la medida que "(...) en derecho internacional las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas." Conf. YASSÉN, Mustafá en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* - ACIDI, vol. I, párr. 39, p. 67 (1963).

³³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, aprobada mediante la ley 19.895 (1972).

³⁴ El artículo 53º establece que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por su parte, el artículo 64º establece que "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

El tema tiene estrecha relación con la solución de algunos de los problemas político-jurídicos de nuestro tiempo, en particular, con la revisión de las responsabilidades individuales en las dictaduras militares que azotaron América del Sur. La clave de esta comprensión alternativa a las limitaciones materiales de la reforma constitucional es el manejo de los modernos sistemas jurídicos y sociales, en la exégesis dogmática del texto constitucional –hoy en retirada-, pues es a través del texto positivo donde se evidencian las tensiones entre los ordenamientos locales y los internacionales. Los primeros, en muchos casos, no cuentan con el consenso político unánime para aplicar los postulados que emanan de los segundos, y éstos, no tienen el compromiso republicano de aquellos.

La Corte IDH señaló algunas consideraciones para que una norma integre el plexo de *ius cogens*, y las equiparó a las obligaciones *erga omnes*.³⁵ Refiriéndose al principio de no discriminación señaló que por su carácter de *jus cogens* “... implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”.³⁶ Estas reglas o valores “... se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas” y no fueron delimitados por la Convención de Viena, sino que forman parte de los derechos fundamentales del ser humano y de la moral universal, siendo los tribunales los encargados de considerarlas tales, a los efectos de invalidar un tratado, incluyendo, además, el derecho doméstico.³⁷ Las situó inclusive por encima de las normas jurídicas, cuya validez va a depender de que no contradigan una norma *ius cogens*. De la misma forma, consideró que contravenían normas *ius cogens* casos de penas que imponían castigos corporales³⁸; de discriminación política³⁹; de violación a los principios de la prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁰; de prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables⁴¹; de asesinato ejecutado en un contexto de

³⁵ O.C. N° 18 relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Allí señaló que “En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones *erga omnes*, “la jurisprudencia ha obrado con precaución o incluso a la zaga de la *opinio iuris communis* (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrar, de una vez por todas, las normas de *jus cogens* en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico”.

³⁶ Ibidem nota anterior, p. 25.

³⁷ Ibidem nota anterior, pp. 34 -37.

³⁸ Caso “Caesar c. Trinidad y Tobago”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005)

³⁹ Caso “Yatama c. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la “Masacre de Mapiripán c. Colombia” (Sentencia del 15 de septiembre de 2005).

⁴⁰ Caso “Servellón García y otros c. Honduras” (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006), Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009);

⁴¹ Caso “Goiburú y otros c. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); Caso La Cantuta c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso “Perozo y otros. c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009), Caso Ríos et ál. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso “Tiu Tojín Vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costa, (Sentencia de 26 de noviembre de 2008”. Serie C No. 190; Caso Anzualdo Castro

ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil⁴²; de aplicación de la pena de muerte⁴³ y casos de violación a la protección de la integridad personal, como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos.⁴⁴ En todos estos casos, se instituyeron como *ius cogens*.

La posición de supremacía en el ordenamiento jurídico era, pues, la característica esencial de la CN como forma jurídica. Pero, ¿qué quedó de esta supremacía? Esta supremacía sólo significaba que el *sentido objetivo* del acto que da origen a la CN está por encima de los *sentidos objetivos* de otros actos de voluntad en que se manifiestan las distintas decisiones normativas programadas por la propia CN, entre ellas, los estándares instaurados por los órganos de interpretación de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. De allí que la CN cumplía esta función al ser ella misma una regla *pre constituyente* al erigirse en condición de validez de las futuras reformas, que debía respetar su contenido si pretenden ser en sentido estricto una reforma y no una manifestación del poder constituyente originario.

Lo cierto es que la jurisprudencia paulatinamente fue ampliando el espectro en lo que respecta a las normas *ius cogens* y su ámbito de aplicación, impactando de lleno en el alcance del concepto de soberanía. El puntapié en Argentina se dio a través del pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso Ekmekdjian c/Sofovich.⁴⁵ Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la referencia constitucional era el art. 27° CN, el cual establece que los tratados deben estar en conformidad con los *principios de Derecho Público* establecidos en la CN, y el art. 31° CN, según el cual la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los *tratados internacionales*, son la ley suprema de la Nación, sin realizar una demarcación entre ellos. Tanto los Tratados, como la Constitución y las leyes, eran *la ley Suprema* de la Nación. Allí se hallaba el mandato constituyente, sin diferencias jerárquicas entre ellos, y por lo cual, *normativamente* amalgamados. La jurisprudencia había llevado una interpretación con los años, donde la Constitución prevalecía sobre leyes y tratados, y el conflicto entre leyes y tratados se resolvía según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores.⁴⁶

c. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009);

⁴² Caso “Almonacid Arellano et ál. c. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006).

⁴³ Caso “Dacosta Cadogan c. Barbados”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009).

⁴⁴ “Caso de la Masacre de las dos Erres c. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009).

⁴⁵ Allí sostuvo que un Estado parte no puede incumplir un tratado ni desobligarse invocando normas de Derecho Interno (Art. 27° Convención de Viena), tanto si se incumple o se viola en la jurisdicción interna cuando se dictan normas contrarias a él, o cuando se incurre en omisión de establecer las medidas necesarias para su cumplimiento.

⁴⁶ Fallos 257:99, 1963. “Martin & Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos”, expresa la Corte Suprema que «ni el Art. 31 ni el 100 CN. atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados como «ley suprema de la Nación», y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno». La excepción fue el caso “Merck Química Argentina”, donde el Alto Tribunal se inclinó por una solución con primacía del derecho internacional, haciendo respetar compromisos asumidos internacionalmente aún sobre disposiciones constituciona-

Operada la reforma de 1994, pareció que se dejaba en claro la jerarquía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos dentro del ordenamiento interno, mediante su inclusión en el art. 75 inc. 22.⁴⁷ Esto marcó una evolución importante en la doctrina, que pareció indicar un vuelco definitivo al optar por la aplicación directa de las normas internacionales en el ámbito interno, como fuente autónoma de derecho interno junto con la CN y las leyes de la Nación.⁴⁸

Aún así quedaron cuestiones sin resolver, ya que si bien ahora la misma CN establece que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, surgen interrogantes, por ejemplo, si una nueva Constitución puede generar un caso de conflicto u oposición entre las disposiciones emanadas de un tratado internacional suscripto con anterioridad, y en todo caso, cuales prevalecerán.

Si el poder constituyente reformador hoy decidiera abandonar o denunciar algunos de los «tratados con jerarquía constitucional» señalados en el art. 75° inciso 22 CN, o apartarse de la jurisprudencia internacional que emana de los órganos supranacionales, la misma CN reformada se transformaría en un obstáculo normativo de orden interno frente al derecho internacional. De allí que opera una fuerte restricción a la cultura política local ante la posibilidad de debatir tal opción.

Además, la disposición del art. 27° CN fija un límite adicional que opera en los hechos, como un obstáculo a la posibilidad de reforma, en la cuanto establece que los «*tratados deben estar en conformidad con los principios de Derecho Público que establece la Constitución*». Si dichos principios no están bajo el arbitrio local, sino bajo la comunidad de las Naciones,

les. Sostuvo allí que «*en tiempos de paz el orden interno se regula por las disposiciones constitucionales que ha adoptado. Por tanto, ningún tratado puede serle opuesto si no está de conformidad con la CN. Pero en Estado de guerra la cuestión se aparta de aquellos principios generales, de la CN, y los Tratados internacionales deben ser cumplidos con todo rigorismo. El Estado de guerra presupone un grave e inminente peligro para la Nación. Nadie puede invocar un mejor derecho cuando se está en presencia de la soberanía y la seguridad interna y externa de la Nación*». Fallos, 211:162 (1948).

⁴⁷ Art. 75: Corresponde al Congreso: Inciso 22: «*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*». Cabe mencionar que posteriormente se agregó a esta categoría la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”, aprobada el 18 de Octubre de 1995, por ley 24.556, a la cual se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 24.820, del 29 de Mayo de 1997; y la “Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad”, aprobada mediante la ley 24584 del año 1995, a la cual se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 25.778 en el año 2003.

⁴⁸ Así lo sostuvo el dictamen del Procurador Becerra en el Caso Simón, Fallos 328:2056, Corte Suprema, 14/06/2005- Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad, ver *supra* nota §53.

entonces, se transforman en límites externos e infranqueables a la capacidad material de constituir un país.

Si aceptamos que los tratados del art. 75° inciso 22 CN están en pie de igualdad con la CN, el contenido de ellos no sólo opera como complementario, ampliando de esta manera las garantías que la misma CN establece en orden a la vigencia y reconocimiento de estos derechos, sino que, además, son indisponibles al constituyente local.

En esa sintonía, la jurisprudencia local recogió el concepto de respeto de las normas imperativas, al establecer que “. . . *no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de «jus cogens» fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art.53). . . El carácter de «jus cogens» de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades. La función del «jus cogens» es así proteger a los estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal*”.⁴⁹

Este debate había sido inicialmente planteado en el caso un caso emblemático de la aplicación de estándares internacionales como lo fue el caso «Arancibia Clavel»⁵⁰. Los jueces entendieron aplicar el derecho de gentes, el derecho internacional consuetudinario, en tanto estos habían consagrado la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad con anterioridad a su positivización en el Tratado y a la comisión del delito. En consecuencia, según los fundamentos de estos votos, no se estaba aplicando retroactivamente una disposición posterior a los hechos delictivos, sino derecho vigente emanado de otra fuente jurídica. Los jueces Zaffaroni y Higton de Nolasco sostuvieron que la “*Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. . . ; en rigor, no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional*

⁴⁹ Fallos 318:2148 (1995).

⁵⁰ Fallos 328:341. Durante marzo de 1974 y noviembre de 1978 la Dirección de Inteligencia Nacional Chilena (DINA exterior) operó en la Argentina dentro del llamado “Plan Cóndor”, donde llevó a cabo la persecución política contra los opositores a la dictadura del General Augusto Pinochet que se encontraban fuera de Chile. Según la sentencia, esta asociación, estaba integrada por más de diez personas, y se enmarcaban en la estrategia militar chilena de combatir a los opositores políticos mediante medios ilícitos y cualquiera que fuese la forma de oposición que aquellos llevaran a cabo. En este marco, Enrique L. Arancibia Clavel fue condenado como autor del delito de asociación ilícita agravada, en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert, ambos ciudadanos chilenos. La Cámara de Casación Penal declaró la prescripción del delito de asociación ilícita simple y lo sobreseyó por el hecho. Los jueces Belluscio y Fayt consideraron dudoso que el delito de asociación ilícita constituyera un delito de lesa humanidad, no obstante examinaron el problema de la aplicación retroactiva de la prescripción como si se tratara de uno de aquellos crímenes. (Consis. 11° y 13°). La sentencia de la Corte fue dictada por mayoría, aunque no se la alcanzó para los fundamentos. El acuerdo entre la mayoría de los fundamentos y las respectivas concurrencias alcanzó sólo hasta la declaración de imprescriptibilidad de delitos que, además, fueron calificados como crímenes de lesa humanidad por los jueces integrantes de aquéllas.

convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*...”.⁵¹ El Juez Boggiano expresó que “en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario” y que «no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras», claro está, siempre de la Constitución vigente. Pero ¿ocurre lo mismo que con una Constitución futura? Si en virtud del art. 27º de la Convención de Viena un Estado no puede alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado, el espíritu de la norma, está incluyendo también a la CN presente, pasada o futura. Toda la inmanencia del poder constituyente quedó limitada a ser mero “derecho interno”, incluyendo, a la propia CN, delegando al menos en ese aspecto, la soberanía a los organismos internacionales que llevan a cabo la interpretación y aplicación de los tratados. Y es mediante esta interpretación por medio de la cual se incorporan estándares que colisionan -o modifican- la interpretación local, limitándola y menguando su capacidad constituyente.⁵²

Posteriormente, la Corte Suprema dictó el caso Simón⁵³, que se erigió como un emblema de la política de revisión en materia de derechos humanos y por medio del cual declaró la inconstitucionalidad dos leyes de amnistía denominadas de punto final⁵⁴ y obediencia debida⁵⁵, reconociendo importantes principios del derecho internacional, principalmente, que los crímenes de lesa humanidad resultan imprescriptibles, aun cuando puedan ir en contra de ciertas garantías constitucionales como la cosa juzgada y la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave.

Al respecto, la mayoría de la Corte se ocupó de remarcar no solo el compromiso asumido por nuestro país a partir de la incorporación de Convenciones específicas sobre esta materia -tal el caso de la *Convención sobre Represión y Sanción del Delito de Genocidio*⁵⁶- sino, fundamentalmente, el carácter de normas de *ius cogens* que le asigna el derecho internacional a la protección de los derechos más importantes que hacen a la dignidad de

⁵¹ Ibidem consids. 28º y 29º del voto mayoritario.

⁵² Ante un caso concreto, el juzgador debe analizar toda la normativa que tiene a su alcance y aplicar aquella que sea más efectiva a la garantía de los derechos de la persona que lo está reclamando. Este es el criterio conocido como «*pro homine*» y que informa todo el Derecho Internacional de los derechos Humanos, donde si la garantía más efectiva proviene del ámbito internacional, es obligación del magistrado aplicar y hacer respetar sus disposiciones por sobre cualquier disposición que emane del Derecho Interno.

⁵³ Fallos 328:2056. En su dictamen, el Procurador General, punto B.1, expresó que «ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*)».

⁵⁴ Ley N° 23.492, promulgada el 24 de diciembre de 1986, Adla 1987, A -197.

⁵⁵ Ley N° 23.521, promulgada el 8 de junio de 1987, Adla 1987-B, 1548.

⁵⁶ Aprobada en 1956 mediante el decreto-ley 6.286.

la persona humana y, como corolario, se *constituye* como una fuente obligatoria de aplicación en el ámbito interno.

En el marco de esta evolución, una vez más, la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*⁵⁷ y de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*⁵⁸ -que en su art. 7 declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad-, se señaló que estos instrumentos representaron únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En forma expresa la Corte Suprema indicó que “... *de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del ius cogens del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno.*...”⁵⁹ y se auto asignó la misión de “... *velar por el cumplimiento del ius cogens, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*”.⁶⁰

La diferencia con el texto constitucional es notable, en la medida que sólo hace referencia al Derecho de Gentes—que debe ser diferenciado del *ius cogens*- en el art. 118 CN, prevista para un caso particular⁶¹ y a la conformidad con los principios de derecho público establecida en el art 27 CN ya señalado. En la misma línea, a poner tela de juicio los indultos otorgados a los autores de delitos de lesa humanidad. Se consideró que “*la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa*”.⁶²

Sin embargo, la disidencia señaló que “... *el principio ius cogens sólo se utiliza para declarar nulos los tratados que se le opongan y más allá de que resulte posible realizar esta extensión, lo cierto es que aun dentro de su ámbito propio se ha señalado desde siempre la gran complejidad que encierra calificar una norma como tal. En efecto, la propia Comisión de Derecho Internacional al realizar su informe sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, reconoció que su enunciado «no está exento de dificultades ya que*

⁵⁷ Aprobada en 1995 mediante la ley 24.584.

⁵⁸ Aprobada en 1995 mediante la ley 24.556.

⁵⁹ Fallo 328: 2056, consid. 36°.

⁶⁰ *Ibidem* nota anterior, consid. 38°. Allí, remitiéndose al precedente “Suarez Mason” (F. 321:2031, disidencia del Juez Boggiano), señaló que “*La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al ius cogens, como derecho internacional imperativo*”.

⁶¹ Fallos 330:3248. Conf. voto del Dr. Fayt en el caso “Mazzeo”, consid. 21°. Allí señala, con cita a la doctrina que el art. 118 “*da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes -en ese momento piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.*”.

⁶² Fallos 330:3248, consid. 15° del voto mayoritario.

no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens» (Informe CDI, págs. 80 y sgtes.) y, por ello, estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma del ius cogens y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales...»⁶³.

Luego de este recorrido se observa una clara orientación en orden al reconocimiento de la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno, limitando las posibilidades del poder constituyente local para apartarse de esos estándares. Los elementos normativos implícitos que se incorporan mediante la interpretación que hacen los Tribunales internacionales operan en los hechos como una fuente externa al poder constituyente local⁶⁴, limitándolo en su alcance de fijar sus propios estándares, no sólo en materia de derechos fundamentales, sino además, en las facultades de los órganos constituidos, como por ejemplo, en las posibilidades que tiene el Congreso de declarar amnistías o del Presidente de la Nación de conceder indultos, por caso, a condenados por delitos de lesa humanidad.⁶⁵

IV. EROSIÓN DEL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

Si se acepta, como hemos postulado, que la moderna interpretación sobre normas *ius cogens* llevada a cabo por los poderes constituidos-tribunales- se erigen como una limitación material a la reforma constitucional, habremos subvertido una de las bases en la cual el constitucionalismo moderno se basa, ya que no habría diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos, o la soberanía estaría compartida entre ambos. Aceptar esto trae como corolario que los últimos no estarían limitados por el texto constitucional, pudiendo actuar más allá de la competencia que señala la Constitución, so pena de quedar aislada la Nación del proceso de integración jurídico que se da a nivel mundial en general, y a nivel regional en particular. O bien, como sostiene Nogueira Alcalá, *“en caso de conflicto dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica*

⁶³ Ibidem nota anterior, voto del juez Fayt, consid. 22°.

⁶⁴ JARMUL, Holly Dawn, “The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 28, Ns°1 y 2, pp. 311-313, 1996.

⁶⁵ Señalaba el Juez Boggiano en su voto en la causa Simón citada que *«los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al Derecho Internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquellos están más estrechamente conexos con el Derecho Internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (Art. I Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 CN. O si el derecho de réplica (Art. 14 Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 CN. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al Derecho Internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio».*

porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes... a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional pacta sunt servanda y bonne fide...⁶⁶

En consonancia con lo resaltado, el poder revisor de la Constitución o “poder constituyente derivado”, si tuviera ocasión de pronunciarse, se encuentra no sólo limitado por la Constitución originaria, sino, además, por los estándares internacionales en materia de *ius cogens*. En tal sentido, las reglas *ius cogens*, operaron mediante la interpretación jurisprudencial internacional y local como una reforma no formal a la Constitución Nacional, transformando y limitando *materialmente* a la propia Constitución. La deliberación pública, el pluralismo político y la crítica racional, que se verían reforzadas mediante las sucesivas reformas constitucionales que se van dando a lo largo de la historia de una Nación, han visto menguado su alcance.⁶⁷

En este aspecto, la admisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos como fuente originaria de la Constitución genera –además– ciertas distorsiones en la teoría constitucional del poder constituyente como acto popular, o al menos, democrático. El concepto de *democracia constitucional*, vinculado a la idea de contrato social alude metafóricamente a un consenso de los contratantes que cuenta con cláusulas entre los contratantes –tutela de los derechos fundamentales– con los que el soberano complementa la legitimación formal o política.⁶⁸ Aun reconduciendo que *el hecho* que da vida a la Constitución es un acto de voluntad difuso, no cabe duda de la diferente naturaleza existente entre que el acto se lleve a cabo bajo un carácter internacional, y el acto de voluntad concentrado en un sujeto constituyente –aunque pueda ser colectivo, una asamblea– que elabora una norma jurídica legislada, pero de carácter local. Una *democracia constitucional* se ve desdibujada cuando se limita la deliberación pública, que ocurre cuando un tribunal incorpora un estándar sin posibilidad de debate alguno. Allí, el concepto jurídico-político de poder constituyente, abierto a la posibilidad de reformulación de un nuevo pacto constitucional, se encuentra ante un desafío: aplicar sin restricciones su poder de reforma sin franquear la responsabilidad internacional que le traería aparejado dejar de lado normas *ius cogens*.

La existencia de límites materiales heterónomos impide la posibilidad de respeto a las costumbres locales, las cuales en muchos casos tienen más arraigo y consenso social que las incluidas mediante normas *ius cogens*, lo que supone valores materiales prevalecientes por sobre el seno de cada sociedad, y obliga a reformular la ficción por la cual se señala que cada uno de los pueblos se constituye a sí mismo.⁶⁹ Replota la vieja paradoja de Arrow⁷⁰ acerca de las capacidades de la democracia y pone una distancia considerable entre los conceptos fundantes del sistema constitucional de derecho. E inclusive, introduce dos interrogantes.

⁶⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Ed. UNAM, 2003, México, p. 331.

⁶⁷ Conf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Técnos, 1991.

⁶⁸ Conf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, p. 147.

⁶⁹ El concepto de valor, se incluye en referencia a la ausencia del *enforcement* que caracteriza al derecho local. Conf. FERRAJOLI, Luigi *ob. cit.*, 2004.

⁷⁰ Conf. ARROW, Kenneth, *Social Choices and Individual Values*, 2 ed., Ed. Fundación Cowles, Estados Unidos, 1963.

El primero es acerca del principio según el cual no existen dentro de la Constitución cláusulas que tengan una jerarquía mal alta que otras.⁷¹ Si se incorporan normas *ius cogens* al texto constitucional, en caso de colisión u oposición entre ellas, prevalecerían por sobre las locales y por lo tanto, serían jerárquicamente superiores.

El otro interrogante es acerca de la expansión del control de constitucionalidad difuso. La posibilidad de que la Corte Suprema –por caso en Argentina, pero igual aplicable a un Tribunal Superior o Sala Constitucional- introduzca un *control de convencionalidad*⁷² implica que un poder constituido limite a un poder constituyente. Al erigirse como el guardián de la Constitución⁷³ e introducir a través de sus sentencias preceptos *ius cogens*, si bien en principio es un poder neutro que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional, de algún modo lo configura e impide su cambio.⁷⁴ Como “...verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos... [es] el único órgano constitucional reducido sólo a esa función, a la que parece por ello trasladarse la superioridad de la Constitución misma”.⁷⁵

Los órganos de interpretación de los Tratados, los cuales encuentran normas *ius cogens* con cierta asiduidad⁷⁶, han transformado a estas reglas de interpretación de los tratados en principios indisponibles para los respectivos órdenes locales, muchos de los cuales han sido reconocidos en sentencias judiciales. Si se conjuga la falta de legitimidad democrática del Poder Judicial⁷⁷, con la dimensión procesal de la democracia, encontramos la falta de consenso social real para la incorporación de valores internacionales estandarizados. La idea de que cuando se expresa la Corte Suprema lo hace la Constitución misma⁷⁸, barre de un plumazo la idea de rigidez constitucional, transforma en superflua la distinción entre poderes constituidos y constituyentes, y se limita jurídicamente a la noción de *lex*

⁷¹ Fallos: 330:3160. Allí la Corte señaló que “*Es principio asentando que la Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las demás disposiciones, sin enfrentarse unas con otras para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándose dentro del espíritu que les dio vida*”.

⁷² Fallos: 335:2333. Allí la Corte señaló que “*Es un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*”.

⁷³ Fallos: 322:2139. Allí la Corte señaló que “*La Corte, en su función de guardián último de los derechos y garantías constitucionales, tienen el deber de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional y velar por su celoso cumplimiento*”.

⁷⁴ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La posición Jurídica del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 100, enero-abril (2014), pp. 39-131.

⁷⁵ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁶ ABELLO-GALVIS, Ricardo, *Introducción al Estudio de las Normas Ius Cogens en el Seno de la Comisión de Derecho Internacional*, CDI, Ed. Universitas, N° 123: 75-104, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Colombia, p. 78.

⁷⁷ Un estudio completo acerca de las implicancias de esta postura, se puede ver en FRIEDMAN, Barry, “*The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy*”, en New York University Law Review, N°73, v2º, p. 333.

⁷⁸ Conf. BERGER, Raoul, *Congress v. Supreme Court*, Cambridge, Mass. Harvard Univ. Press, 1969.

superior.⁷⁹ Estas limitaciones materiales no se reducen solamente a una mera cuestión formal, equiparándose a cláusulas de intangibilidad-, sino que afecta el concepto de supremacía constitucional tal como fue postulado por el constitucionalismo moderno liberal y, a la postre, una limitación a la discusión democrática.⁸⁰ Una nueva teoría que explique una concepción política de la justicia a luz de estas consideraciones se torna necesaria para no crear una dicotomía entre la *democracia sustancial*, que se ve fortalecida mediante la incorporación de principios axiológicos, con la *democracia formal*, se ve menguada al no poner en valor la discusión sobre ellos, al menos en la etapa constituyente.⁸¹

La introducción de normas *ius cogens* mediante sentencias judiciales que se impregnan en el espectro jurídico y se instalan como estándar, implican un freno a la discusión constituyente como producto de la cultura política y democrática común, que encuentra al pueblo como sujeto activo del proceso democrático y constitucional, convirtiendo a la Constitución en un conjunto de proposiciones que se alejan de la realidad.⁸² Si admitimos la tesis del poder constituyente, el proceso constituyente se *dispersa*, o al menos admite varios niveles, algunos de los cuales no quedan en la esfera local. El ejercicio real del poder constituyente por parte del pueblo exige una participación política efectiva, no un papel pasivo, principalmente, en la configuración de sus constituciones.⁸³

La integración americana, vista de este modo, ha provocado mutaciones constitucionales que han transformado el diseño institucional de los Estados miembros en aspectos fundamentales erosionando la capacidad de auto constituirse.

V. CONCLUSIÓN

La introducción de estándares internacionales mediante normas *ius cogens* no sólo afecta la soberanía, sino que limita la discusión democrática local que nutre una reforma constitucional. Plantea un reto a la teoría tradicional del poder constituyente del *pueblo*, como único titular para hacer o reformar una Constitución. La conclusión de que efectivamente existe una competencia para introducir preceptos constitucionales de rango exterior, se ha fabricado a partir de construcciones interpretativas y de deducciones de consecuencias implícitas. Esto pone de relieve una faceta distintiva del Derecho Constitucional contemporáneo que incluye a los límites materiales a la reforma constitucional en otro examen, un tanto más genérico, vinculado con la efectiva participación popular en dicho proceso. La existencia de limitaciones materiales individuales, se traduce a la postre

⁷⁹ Conf. AGUILÓ REGLA, Josep, “El Constitucionalismo Imposible de Luigi Ferrajoli”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 55-71.

⁸⁰ HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, pp. 176-192.

⁸¹ Conf. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

⁸² La referencia a la cultura democrática común como requisito para la instalación de un estado constitucional democrático la tomamos de J. Habermas. Plantea el autor que es imprescindible el carácter de publicidad y opinión pública que ayuda a establecer una conexión entre la Constitución jurídica y la cultura política de una comunidad. Conf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 3 ed., p. 58.

⁸³ Conf. ESTÉVEZ ARAUJO, *op. cit.* p. 52. Si bien el autor se refiere al proceso de integración europeo, las críticas pueden ser aplicadas aún con mayor énfasis al proyecto de integración sudamericano.

en una limitación en cada plano político, y a medida que se aleja el proceso de reforma constitucional de la participación democrática, decrece su legitimidad. En este sentido, tratar las normas *ius cogens* como límites materiales a la reforma constitucional conduce a poner la inmodificación de un ordenamiento jurídico como una afrenta -si se quiere- a la calidad democrática. Si se acepta la formulación inicial, una pérdida de la autonomía democrática –y no sólo soberana- que nutre al sistema jurídico, es inevitable.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La Constitución y la desobediencia civil como proceso para la defensa de los Derechos fundamentales”, en *Criterio Jurídico*, vol. VI, Santiago de Cali, Colombia, Universidad Javeriana, 2006;
- BERLIN, Isaías, *El poder de las ideas*, C. Morán (trad.), Ed. Espasa, Madrid, 2000;
- DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, N. Guzmán (trad.), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, Madrid; 2010.
- FOUCAULT, Michael *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999;
- FOUCAULT, Michael *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Introducción y trad. de Miguel Morey, Ed. Alianza, Madrid, 1981;
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1985;
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986;
- PAEZ VELANDIA, Dídimo, “El control de Constitucionalidad en los estados latinoamericanos y especialmente en la República de Colombia”, Ed. de la *Revista “Derecho Colombiano”*, Bogotá D. E., 1986.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Ed. FCE, México, 1994.
- TRUJILLO, Julio Cesar, *Teoría del Estado en Ecuador*, Ed. Corp. Editora Nacional, Ecuador, 2006.

Fecha de recepción: 18 de setiembre 2017.

Fecha de aceptación: 2 de noviembre 2017.

