

Constituciones de Brasil- Argentina- Ecuador: una visión desde la perspectiva de las garantías constitucionales

Murillo Mena
Glécia Morgana da Silva Marinho
Carlos Alcívar Trejo

Constituciones de Brasil- Argentina- Ecuador: una visión desde la perspectiva de las garantías constitucionales

Ambar Murillo Mena
Glécia Morgana da Silva Marinho
Carlos Alcívar Trejo

Este libro ha sido debidamente examinado y valorado en la modalidad doble par ciego con fin de garantizar la calidad científica del mismo.

© Publicaciones Editorial Grupo Compás
Guayaquil - Ecuador
compasacademico@icloud.com
<https://repositorio.grupocompas.com>



Murillo, A., Da Silva, G., Alcivar, C. (2023) Constituciones de Brasil-Argentina- Ecuador: una visión desde la perspectiva de las garantías constitucionales. Editorial Grupo Compás

© Ambar Murillo Mena
Glécia Morgana da Silva Marinho
Carlos Alcívar Trejo

ISBN: 978-9942-33-719-1

El copyright estimula la creatividad, defiende la diversidad en el ámbito de las ideas y el conocimiento, promueve la libre expresión y favorece una cultura viva. Quedan rigurosamente prohibidas, bajo las sanciones en las leyes, la producción o almacenamiento total o parcial de la presente publicación, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisión de la misma por cualquiera de sus medios, tanto si es electrónico, como químico, mecánico, óptico, de grabación o bien de fotocopia, sin la autorización de los titulares del copyright.

INDICE

CAPÍTULO I.....	6
Common Law, Derecho Continental Europeo y su influencia con el Derecho Latinoamericano.....	6
Introducción:	7
Relaciones del common law	11
Las fuentes del common law:	14
El derecho común	24
La integración supranacional en latinoamérica.....	26
Cláusulas de mayor apertura. Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y ARGENTINA (1994).	27
Bibliografía.....	34
Capítulo II	37
Análise e conceito de supranacionalidade e soberania na Constituição da Nação Argentina.....	37
Introdução.....	37
Evolução da Temática no Direito Internacional	39
Supranacionalidade: conceito e aplicação contemporânea	48
Soberania: evolução conceitual e aplicação contemporânea	62
Supranacionalidade e Soberania na Constituição Argentina	75
Conclusão.....	98
7. Referências Bibliográficas.....	101
Capítulo III.....	106

El bien común, como garantías de la constitución ecuatoriana.....	106
Introducción.....	106
El bien común.	108
III.- El Bien Común y su Aplicación con la Constitución 2008 del Ecuador:	110
IV.- Bien Común y Bien Público temporal.	114
Bien Común y Bien Particular.	115
V.- El bien común y sus características.	116
VI.- El Bien Común En El Derecho y su Aplicación en la Constitución del Ecuador	118
Características del bien común. (Aristóteles)	124
Bien común y política. (Aristóteles)	125
Conclusiones	127
Bibliografía.....	128

CAPÍTULO I

Common Law, Derecho Continental Europeo y su influencia con el Derecho Latinoamericano

Resumen

En la actualidad las fuentes del derecho son la diferencia primordial entre los sistemas jurídicos. En los sistemas de Derecho civil, los códigos y leyes regulan todas las posibles eventualidades y los Jueces tienen un rol limitado en la aplicación del derecho al caso concreto. De esta forma, en teoría, la jurisprudencia se configura como una mera guía judicial en tanto no se reconoce en las leyes. En cambio, en el sistema del common law la fuente principal es la jurisprudencia, que es la que les da un gran rol a los jueces en el desarrollo normativo. Por ejemplo, los elementos jurídicos necesarios para probar un asesinato están precisamente determinados por la jurisprudencia hechos de los Tribunales y no contenidos en las Leyes penales.

La integración supranacional en América Latina, entendida como utopía o proyecto plausible, ha sido parte intermitente de su historia. Tanto desde la época de las independencias, así como especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, distintas iniciativas han procurado la configuración de entes intergubernamentales, supranacionales y de cooperación. Estos se han enfocado en ductilizar el concepto tradicional de soberanía, mercado, ciudadanía y frontera a lo largo y ancho de una de las

regiones con mayor homogeneidad del planeta. (Malamud, 2010)

Podemos ver que existen varias diferencias entre el common law y el civil law. Por ejemplo, en el derecho civil debe de haber una constitución escrita, mientras que en el derecho común no es tan obligatoria. Con todo, se puede decir que hoy en día la práctica totalidad de los sistemas jurídicos occidentales son una mezcla de las dos tradiciones jurídicas, beneficiándose de lo mejor de ambos sistemas jurídicos. Más allá de las diferencias superficiales, un análisis sistémico revela que los Jueces, ya sean de un país del common law o de un sistema de Derecho civil, resolverá el conflicto jurídico material que se le plantea encerrado en una demanda o una querrela bajo el mismo conjunto de consideraciones legales y judiciales.

Introducción:

Un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón. Sin embargo, el gobierno aún debe considerar si se necesita una legislación específica para que ya sea límite el alcance de cierta restricción o de una legislación específica para un sector, para permitir el éxito del proyecto de infraestructura. Mientras, que en el derecho anglosajón es menos preceptivo que un sistema de derecho civil. Por lo mismo, un gobierno bien pudiese querer proteger a sus ciudadanos mediante legislación específica con respecto del programa de infraestructura que

se contempla. Los países que adoptan el derecho anglosajón son por lo general aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo a los Estados Unidos; y los países que se rigen bajo un sistema de derecho civil son aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y Sudamérica, asimismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este.

El proceso por el que ha pasado el derecho inglés no ha sido de un día para otro, René David reconoce cuatro periodos principales. El primer periodo es el que precede a la conquista normanda en 1066. El segundo, es desde 1066 al surgimiento de la dinastía de los Tudores en 1485, donde es la formación del common law, donde las costumbres locales son sustituidas por un sistema de derecho nuevo, común a todo el reino. El tercer periodo que es desde 1485 hasta 1832, tiene su relevancia por el desarrollo que tuvo paralelamente el common law, con un sistema complementario y ocasionalmente rival, que se manifiesta en las reglas del equity¹. El cuarto periodo, que comienza en 1832 hasta la actualidad es el periodo moderno en el cual el

¹ Si nos encontramos estudiando historia del Derecho inglés, el término se emplea para definir esa rama del mismo conocida como Equidad. La Equidad es un sistema legal y judicial que se desarrolló a partir del siglo XIV en Inglaterra, de forma paralela al sistema y al Derecho aplicado por los tribunales del Common Law, al objeto de suplir las carencias y los problemas de rigidez que los anteriores comenzaban a presentar

common law afronta el desarrollo de la ley, basado en el cambiante accionar de los individuos y sociedades; y a un constante confrontamiento con el derecho europeo. La oposición entre el derecho europeo y el inglés, más que un plano ideológico, se encuentra en un plano principalmente técnico, y eso permite establecer una división dentro de un sistema jurídico. Pero, más allá de la discusión en relación de la naturaleza del Derecho comparado, es decir, entenderlo como ciencia o como método; se ha afirmado que estos tienen por objeto el estudio de las fuentes de derecho del mundo, su interpretación y aplicación, a través de la comparación, para así obtener sus similitudes y diferencias, y así clasificar los sistemas jurídicos en grupos y procurar su unificación nacional e internacional.

Existen cuatro periodos, y el primero es precedente a la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066; y es llamado en Inglaterra el derecho anglosajón. Luego que la dominación romana dure cuatro siglos, pero sin ningún tipo de influencia relevante; diversas tribus de origen germánico, como los Sajones, Daneses, Anglos; se expandieron por su territorio, y fue allí que los historiadores del derecho inglés expresan que inició la historia de su derecho. Es en esta época que Inglaterra, con la obra apostólica de San Agustín de Cantorbury en 596, se convierte al cristianismo. Después de esta conversión algunas leyes fueron promulgadas, como en Europa continental; su originalidad consiste en que, a diferencia de

otras leyes, no están redactadas en idioma latín, sino están redactadas en idioma anglosajón. Las leyes anglosajonas regulan solo unos cuantos aspectos muy limitados de las relaciones sociales tal y como actualmente se entiende nuestra concepción del derecho. Aun cuando el país estaba en la época sometido a un solo soberano, el derecho en vigor continuaba siendo un derecho estrictamente local, de tal manera que hasta la conquista normanda Inglaterra no poseía un bien común total.

La conquista normanda constituye un acontecimiento capital en la historia del derecho inglés, ya que introduce a Inglaterra, a través de una ocupación extranjera, un poder fuerte, centralizada, con gran experiencia administrativa, que había dado una buena eficiencia en el Ducado de Normandía. Con la conquista, el reino de las tribus finalizó y se instala la feudalidad en Inglaterra. Esta feudalidad fue muy distinta a otras feudalidades de la misma época. Guillermo El conquistador, junto a los señores normandos, se asentó en un país en donde no compartían ni el idioma, ni sus costumbres. Es por eso que como medida de prevención a una sublevación de parte de los conquistados, Guillermo al momento de hacer la distribución de tierras no formó ningún gran feudo; de esta manera ningún señor feudal podría rivalizar o enfrentarse contra el poder real.

Además en la ley de 1290 se prohíbe la subenfeudación², así todos los señores dependían de la ley.

Durante este período se constituye el Common Law, de hecho durante el poder de Guillermo se impone un régimen judicial centralizado en las costumbres judiciales locales, que somete ciertos aspectos a un derecho común a todo el reino de Inglaterra. Este derecho entró en conflicto con las costumbres locales del país, fundada de parte de las Cortes Reales de justicia, los tribunales de Westminster, los cuales se mantenían en una constante oposición durante cinco siglos a diversas jurisdicciones señoriales, que estaban basadas en el derecho feudal, ya a las jurisdicciones eclesiásticas que en cambio basaban los suyos en el Derecho canónico. Este periodo se extiende hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor en 1485.

Relaciones del common law

El common Law se crea dentro de una dependencia de procesos formales, que además tuvo varios riesgos: el primero, se podía presentar por ser limitada a desarrollarse libremente y satisfacer las necesidades de la época en la que se encontraba; y el segundo, consistía en la falta de evolución o en la falla de aplicación mediante la rutina de

² En la Edad Media, infeudación o concesión en calidad de feudo por parte de un vasallo de un bien, que anteriormente había recibido de su señor como parte del pacto feudo-vasallático, a otro hombre de categoría social similar o inferior

los que aplicaban la ley en esa época. Después de la expansión que sufrió en el siglo XIII y de no haber podido escaparse de tales riesgos, se presenta otro riesgo: se conforma otro sistema rival, es la equity; que con el pasar del tiempo pudo haber pasado lo mismo que el Derecho civil en Roma con el derecho pretoriano. La equity bajo la dinastía de los Tudor, que fue un régimen absolutista, se basó en el uso extensivo de la prerrogativa³ real. En materia civil, la jurisdicción de la equity del canciller que se fundaba igualmente sobre la prerrogativa real, alcanzó una extensión considerable; además desde 1529 ya no era el confesor del rey y el eclesiástico, sino un jurista. El derecho inglés estuvo muy cerca de unirse a la familia del derecho continental por el triunfo de la jurisdicción de equidad y el deterioro de del common law.

Compromiso entre el common law y la equity. Para que no prosiguiera el desarrollo descrito se presentaron varias circunstancias; la resistencia natural de la judicatura tuvo que ser ponderada por los soberanos, las cortes del common law habían formalizado en defensa de su posición y de su obra, una alianza con el Parlamento en contra del absolutismo real. Este compromiso no era el resultado de

³ Función del Rey en relación con la Justicia que se manifiesta mediante el indulto, es decir mediante la exención total o parcial del cumplimiento de la condena impuesta a un reo. Debe ser conforme a la ley y recaer sobre persona o personas determinadas ya que la Constitución no admite los indultos generales. Merece comentarse que la prerrogativa que comentamos no afecta para nada a la amnistía

una ley, ni de decisiones formales que se hayan tomado de alguna autoridad real; al contrario fue al término de una controversia y la presencia de una gran violencia extrema, que se suscitó entre las cortes del common law y la jurisdicción del Canciller. La jurisdicción del canciller subsistiría pero debía de ser cauto de no expandir su competencia a la parte que le correspondería a las cortes del common law, y estas deberían de resolver de acuerdo a los precedentes y con ello liberarse de la arbitrariedad que habían adquirido.

El Reino Unido se crea en 1707, y por su tratado Escocia mantendría un marcado sincretismo nacional, que tiene un proceso judicial bastante influenciado en el Derecho Romano. Aunque en Inglaterra y Gales se mantenía el derecho inglés, con el tiempo se aplicaría un derecho jurisprudencial; ya que los diversos soberanos ingleses fueron confiando a los jueces itinerantes la labor de administrar la justicia. Como sabemos el common law nace de la actividad judicial, especialmente de las Cortes Reales, y por ello al expandirse rápidamente crea sus propias normas y procedimientos. Por ejemplo, el Writ, que era una orden que poseía varias formalidades que daba el rey a la corte para que llamase al demandado a conocer el caso. Las formalidades que reviste el sistema se parece al Derecho pretoriano, ya que en Roma juntan todos los derechos pretorianos y en Inglaterra reúnen todos los Writs. De igual manera en ambos se le da más relevancia al derecho

procesal que al sustantivo. Los abogados y jueces del Common Law se parecen más a los Romanos

En estados unidos desde 1776 se dejan de aplicar las leyes inglesas dictadas después de esta fecha. Las diferencias entre esta nación y el Reino Unido, de manera práctica hacen que varias de las normas del derecho inglés sean adaptadas con algunas del derecho Romano germánico. Podemos ver que entre estos sistemas hay varias semejanzas empezando que ambos nacen del Common Law, sus sistemas tienen conceptos similares acerca del derecho y sus fuentes, donde se ve que el derecho es fundamentalmente jurisprudencial. Sin embargo, si constan de diferencias; el sistema estadounidense, suele ser mucho más flexible en cuanto a su aplicación y seguimiento de los principios del Common Law, que el sistema jurídico inglés.

Las fuentes del common law:

En las fuentes del derecho inglés; como primera está la jurisprudencia (Case Law), ya que este derecho fue hecho por los jueces (Judge Made Law) se basa en que su autoridad deriva de la regla de obligatoriedad el precedente judicial. Para que esta fuente sea válida, es necesario que los jueces y abogados conozcan los casos y que estos se puedan consultar en los reportes judiciales. La obligatoriedad del precedente en el derecho inglés es a través de ciertas reglas: la primera, todas las jurisdicciones deben de atenerse a las

decisiones de la Cámara de los Lores; la segunda, las decisiones de la Court of Appeal constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones que jerárquicamente sean menores; y la tercera, las decisiones de High Court of Justice⁴ tienen un mayor nivel y es por eso que se imponen sin ser obligatorias sobre las decisiones inferiores. Si sigue este precedente vinculante, se originará inmediatamente un precedente más. Puede ocurrir que el juez emita una opinión que se aleje del Binding Precedent⁵ y será por lo tanto Persuasive Precedent⁶. Los jueces siempre están obligados a seguir el precedente y de hecho la mayor parte de los recursos se basan en la errónea interpretación del precedente. Hay una manera de innovar que se denomina Distinguishing⁷ y permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencian a un caso del anterior; esta es de hecho la vía principal para actualizar el Common Law.

La segunda fuente del Common Law, es la ley, esta emana del parlamento. Y de hecho actualmente la ley es la fuente que tiene mayor importancia, ya que las instituciones de nueva creación tienen su origen en el derecho legislado. La tercera fuente, es la costumbre, que en esta si tiene

⁴ Tribunal Superior de Justicia, en inglés

⁵ Precedente vinculante, en inglés

⁶ Precedente persuasivo, en inglés

⁷ Distintivo, en inglés

subdivisiones como: costumbre general, es aquella que nace de los antiguos reinos anglosajones; la costumbre mercantil, fueron creadas en la edad media y practicada por comerciantes y mercaderes; y la costumbre local, está la puede hacer valer una persona delante de un tribunal comprobando que cumpla con ciertos requerimientos, el básico es que no debe de contrariar ninguna norma jurídica vigente, jurisprudencial o legislada.

Otra de las fuentes consideradas en el common law es la razón, ya que es a esta la que recurren los jueces para emitir la decisión de algún caso, cuando hay ausencia de reglas jurisprudenciales o de legislación. De hecho, René David expresa que:

La costumbre general inmemorial del reino invocada por los primeros jueces de las cortes reales del common law era tan solo un ficción, una imaginaria norma sancionada por la opinio iuris su necessitatis, a efecto de legitimizar sus sentencias carentes de cualquier otro fundamento más que el de la razón

Con esto René David considera que la razón es una fuente inagotable, ya que el ser utiliza la razón y el consciente para tener un accionar pulcro siempre y cuando esté basado también en los principios jurídicos; y esto permite a los jueces ingleses llenar las lagunas del derecho, e incluso orientar la evolución de su sistema jurídico a través de

soluciones razonables que deben armonizarse con las normas jurídicas actuales

En cambio el derecho continental o Civil Law a pesar de las diversas etapas del Derecho romano y sus características, los sistemas romanistas no se inspiran en el Derecho Romano clásico, sino más bien en los estudios realizados por las universidades europeas de la Edad Media. Así, dado que las costumbres eran variadas e imprecisas, las Universidades italianas medievales volvieron a los textos de Justiniano anotándolos y mezclándolos con elementos germánicos extraídos de las leyes longobardas⁸ y algunos elementos del derecho canónico. A su vez, durante los siglos XII y XIII, los juristas eclesiásticos que tenían una amplia competencia, realizaron profundos estudios jurídicos que influyeron considerablemente en los estudios del derecho laico. El estudio del propio derecho nacional surge con el renacimiento, pues las universidades europeas solamente enseñaban el Derecho Romano y el Derecho Canónico. Por su parte, la escuela del Derecho Natural viene a constituir el último elemento de unidad de los sistemas romanistas, al considerar un derecho público que garantiza los derechos naturales del hombre y sus libertades, añadiendo una noción de derechos subjetivos diferente al pensamiento romano.

⁸ Surgieron leyes longobardas, que llamaron escribas al notario, y a su dicho lo dotaron de oponibilidad frente a cualquier juramento en contrario

Estas ideas influyeron en el Código Napoleónico el cual marca un precedente en la historia de la codificación en el sistema del Civil Law, solamente después de la promulgación se puede referir a los sistemas jurídicos de la familia romanista o francesa. El derecho romano fue acatado en Francia por el Imperio Bizantino; a pesar de la conexión entre este derecho con las costumbres de las tribus bárbaras, no sufre cambios en su esencia. Este resultante fue el Ius Commune, aplicado por el Pretor peregrino a los extranjeros. Sin embargo, Francia no recibe de manera uniforme este derecho romano, y sus recepciones varían según su situación geográfica e histórica. En el sur tenía mayor imposición el derecho escrito por lo que la recepción fue mayor, pero en el norte predominaban las costumbres bárbaras. A pesar de esta división, en el siglo XVII comenzaron a unirse las costumbres francesas, conllevando a la unificación del Derecho francés influenciado por el Derecho Romano.

Ideológicamente, el código civil de 1804 se basa en tres pilares fundamentales: la propiedad privada, esta institución garantizaba la protección de los burgueses; la libertad contractual, pues la burguesía vivía del comercio; y la autonomía de la familia patriarcal, donde la familia tiene un nivel medio de cohesión. Con este ordenamiento jurídico se inició la doctrina del liberalismo, que garantizaba los derechos mínimos a los franceses, aunque en realidad buscaba proteger a la burguesía. En este código se

presentaba un equilibrio entre las ideas de la revolución y la preservación de las instituciones fundamentales. Además se le atribuye un fundamente iusnaturalista- racionalista, sobre el método deductivo.

El nombre de Derecho continental proviene de la separación geográfica entre las islas británicas, de donde proviene el derecho anglosajón y el resto del continente europeo, central y occidental. En el área anglosajona se denomina a este sistema Civil Law. De otra parte, merece la pena tener en consideración que también dentro de los sistemas de civil law se han verificado transformaciones de gran importancia, que han significado modificaciones al conjunto de los paradigmas procesales precedentes. Dos ejemplos pueden bastar para ilustrar este punto. El primer ejemplo se refiere a los sistemas procesales en idioma alemán. La Zivilprozessordnung germánica del año 1877 evidenció directamente la influencia del modelo francés, pero esto no tuvo lugar en Austria, dónde la disciplina del proceso civil siguió una autónoma línea evolutiva con los códigos de 1781 y de 1815.

Las fuentes principales del derecho continental son: la Constitución, la Ley, la Jurisprudencia, la costumbre, el acto jurídico, los principios generales del Derecho, y la doctrina. Se basa en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo, emanan normas dotadas de una legitimidad democrática, la jurisprudencia se limita al

ámbito de interpretación de la normativa vigente, el precedente jurisprudencial ha ido adquiriendo importancia en el derecho continental. Se denomina sistema de Civil Law al Derecho propio de la Europa continental, aunque numerosos países extra europeos se han sumado a este sistema. Como características del sistema de Civil Law suelen señalarse las siguientes: Es un sistema jurídico que agrupa a aquellos en los que la ciencia del Derecho se ha formado sobre la base del Derecho romano; las normas jurídicas son reglas de conducta estrechamente ligadas a preocupaciones de justicia y moral; los diferentes derechos, pertenecientes a esta familia, se elaboraron por razones históricas a fin de regular las relaciones entre los ciudadanos y las Demás ramas del Derecho se desarrollan más tardíamente y con menos perfección partiendo de los principios del Derecho civil, es un Derecho formado sobre los esfuerzos de las Universidades europeas que elaboraron y desarrollaron, a partir del siglo XII y sobre la base de las compilaciones del emperador Justiniano, una ciencia jurídica común,

Por lo que a la aplicación del Derecho se refiere, los principios del Civil Law son los siguientes: la solución de cada caso debe encontrarse en el Derecho escrito; los precedentes, a pesar de tener autoridad no son obligatorios; el tribunal debe mostrar que su decisión está basada en el Derecho escrito y no únicamente en el precedente. De otra

parte, el término Common Law se emplea en diferentes sentidos.

Se consideran sistemas no sólo diferentes, sino incluso contrapuestos. Las diferencias entre ambos sistemas jurídicos suele establecerse en base a los siguientes aspectos: Los sistemas jurídicos pertenecientes al área de Civil Law son sistemas esencialmente codificados, mientras que los del Common Law están basados fundamentalmente en el Derecho Judicial. En los países del Civil Law se tiende a identificar el Derecho con la ley, con la consecuencia de que, por ejemplo, en el caso de laguna el juez no hace otra cosa que aplicar la ley al recurrir a la analogía o al argumento a contrario y las decisiones judiciales no constituyen fuente de Derecho. En los países del Common Law el Derecho de origen legislativo es considerado en cierto sentido como una fuente de Derecho excepcional. Los juristas ingleses conciben su Derecho, esencialmente, como un Derecho jurisprudencial (case law); las reglas del Derecho inglés son fundamentalmente reglas que se encuentran en la “ratio decidendi” de las decisiones dadas por los tribunales superiores de Inglaterra. Mientras que la Teoría de Derecho del Common Law da una importancia fundamental al Derecho judicial, la del Civil Law gira en torno a las normas jurídicas. Hay una contraposición entre el método inductivo y deductivo, tanto en la aplicación del Derecho como en el método jurídico en general. En el Civil Law se precede de reglas

generales (normas jurídicas) a decisiones individuales, mientras que en el Common Law el método gira en torno a problemas individuales a partir de los cuales se elabora el principio general. Sin embargo, “la pérdida de seguridad en el carácter neutro, transparente, de los entes jurisdiccionales y el nuevo fenómeno de la «provisionalidad» de la ley se unen a la convicción, comúnmente compartida, de la inexistencia de un razonamiento meramente «deductivo» en la aplicación del Derecho”. En los países pertenecientes al Civil Law falta algo similar a la regla del “stare decisis”, esto es, la vinculación al precedente judicial. El dualismo common law y equidad es desconocido para los sistemas de Civil Law, donde la equidad es únicamente un principio de interpretación aplicado a cada cuestión jurídica, pero no constituye un cuerpo jurídico especial. Aunque no negamos la existencia de diferencias entre ambos sistemas jurídicos, creemos que éstas tienen un carácter mucho más atenuado de lo que fueron en su origen y de lo que actualmente siguen considerándose rasgos definidores de ambos sistemas.

Otro aspecto es la influencia de la ley: Mientras que en el sistema continental la ley es muy importante, pues es lo que se interpreta, en el sistema anglosajón se interpretan las sentencias anteriores y, en menor medida, la ley. Por lo tanto, en el sistema continental, la ley contiene en gran medida la norma, y su estudio puede ayudar a comprender fácilmente cómo funciona el sistema de un estado

determinado; mientras que en el sistema anglosajón, las normas están dispersas en varias sentencias, y se deben analizar todas y en conjunto para lograr entender el sistema de la jurisdicción. Discusión sobre la denominación. Algunos académicos consideran que el nombre de Derecho Anglosajón es inadecuado, ya que éste indicaría hacia un derecho utilizado por los antiguos anglos y sajones, los anglosajones, en la Inglaterra medieval temprana. Sin embargo, el nombre Derecho Común, traducción literal del término Common Law lleva a más complicaciones, ya que se confundiría con el concepto de derecho común utilizado en el derecho continental, que corresponde a un sistema de derecho utilizado como base para otros, generalmente, sinónimo de Derecho Civil. Asimismo, el derecho anglosajón antiguo no es muy citado en español, por lo que normalmente se utiliza derecho anglosajón o algunos utilizan directamente Common Law. Debe tomarse nota de que en el idioma inglés existe una discusión similar sobre el término Civil Law, que es la traducción inglesa del Sistema de Derecho Continental. Pese a la extendida idea de que este sistema se aplica también en Escocia, eso no es efectivo ya que se cuenta allí con un propio sistema jurídico, cual es una mezcla entre el sistema anglosajón y el sistema de derecho continental. Luisiana fue la primera posesión estadounidense en la que se dictó un código civil, basado en el Código Napoleónico.

El derecho común

En síntesis, el Common Law es el Derecho común o Derecho consuetudinario vigente en la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda. Se llamó common porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio se habla de Common Law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho civil, como el nuestro, donde la principal fuente de Derecho es la Ley.

Ya sabiendo esto, hoy en día el precedente o la jurisprudencia, como se conoce en los países de la Ley Civil, es una herramienta legal que posee gran fuerza probatoria a la hora de acreditar y sustentar las alegaciones vertidas en un caso determinado. Un claro ejemplo radica en el Recurso de Unificación de Jurisprudencia promulgado en Chile el año 2008. Además, en los países de la Ley Civil, diversas razones han llevado a los jueces a prestar mayor atención al precedente. Por ejemplo, los jueces de cortes inferiores saben que sus resoluciones pueden ser recurridas ante un tribunal superior y sus revocaciones no se verán bien en sus registros, sobre todo porque dificultan su ascenso hacia la Corte Suprema. A mayor abundamiento, la aplicación del

precedente se ha transformado en una útil herramienta para ahorrarles trabajo intelectual a los jueces; hoy en día algunos tribunales están considerablemente colapsados para analizar e interpretar la ley en cada caso particular. Además, el precedente insta a orden en la sociedad, que requiere una constante estabilidad y predictibilidad respecto a las consecuencias de los actos perpetrados por cada individuo.

A su vez, el mismo efecto ha tenido lugar en el sistema de la Ley Común en relación al rol que juega la “ley escrita” como fuente de ley primaria en los sistemas legales donde aplica la Ley Civil. A pesar que los países de la Ley Común aún no han aplicado la codificación como fuente directa de derecho, estos igualmente poseen leyes y estatutos que son utilizados en aquellos casos en los que todavía no existe un precedente. A pesar de las diferencias teóricas que existen entre ambos sistemas legales, estos comparten entre sí sus aspectos más importantes, y de alguna forma se necesitan mutuamente para funcionar mejor y de manera más eficiente en la tarea de administrar justicia. En consecuencia, frente a la pregunta de si estos sistemas son tan distintos entre sí, cabría señalar que en la práctica ambos se vinculan entre sí más de lo que cualquiera podría creer y quizás algún día las circunstancias permitirán su unificación.

La integración supranacional en latinoamérica

Se entiende como una disposición de rango constitucional de alta relevancia dentro del cuerpo normativo de las constituciones contemporáneas, ya que, en efecto, corresponde a las materias o zonas en las que la propia Carta Política cede o traspasa sus poderes a una nueva esfera en la que se comparte interdependientemente, con otros actores, la toma de decisiones. Así, los Estados comprometidos en un proceso de integración o de cesión de competencias delegan de forma voluntaria poderes soberanos, en algunas materias, con el objetivo de satisfacer necesidades comunes. (Claes, 2005).

Por medio de la consagración de este tipo de normas, lo que pretenden los poderes constituyentes, originarios y derivados, es la construcción de plataformas que permitan lo que (Perotti, 2004) Bha denominado “la habilitación constitucional a la integración” o puentes entre naciones vecinas o aisladas.

Lo anterior con el propósito de transformar o ampliar el concepto de soberanía, a cambio de la posibilidad de actuar en conjunto frente a diversos desafíos que afrontan las naciones contemporáneas. En efecto, mediante esta modalidad se actualizan nociones tradicionales de Estado y soberanía; “el viejo concepto de Estado ya no existe en la realidad. Cualquier análisis constitucional debe tener en cuenta este dato” (Bustos, 2011). Lo mismo ocurre respecto

a la transición del concepto tradicional de Estado soberano nacional al transnacional, entre otros (Häberle, 2014), (Innerarity, 2015) (Krisch, 2010)

A partir de la experiencia de la Unión Europea, de la CAN y el MERCOSUR en la región, las cláusulas de transferencia o habilitación constitucional a la integración han permitido generar obligaciones y deberes vinculantes que sobrepasan la simple cooperación de los tratados internacionales. Esto ha dado lugar a una nueva etapa, de correulación, por medio de organismos supranacionales que, como una “bisagra”,⁹ ejercen competencias que tradicionalmente correspondían al Estado.

Cláusulas de mayor apertura. Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y ARGENTINA (1994).

En ese sentido, la Constitución de Brasil (1988) contempla en el Art. 4 los principios que rigen las relaciones internacionales del principal motor económico de la región. Según la norma, prevalecen la protección de los derechos humanos, cooperación entre los pueblos, independencia, no intervención, igualdad entre Estados, autodeterminación, cooperación, entre otros. Además, se determina expresamente la búsqueda de la integración no

⁹ En efecto, es el término usado por el Tribunal Constitucional de España para explicar el concepto. Declaración 1/2004, y sentencias 100/2012 y 14/2004

solo económica, sino que abarque campos políticos, sociales y culturales de los países latinoamericanos. Conforme al parágrafo único del Art. 4, “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Luego, el Art. 5.3 determina que todos aquellos tratados o convenciones que estén relacionados con la protección de derechos fundamentales y que fueren aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, y en dos períodos, por três quintos de los votos respectivos equivaldrán a una enmienda constitucional. Si bien se trata de una disposición singular, ya que no se repite en otras partes de la Carta Política, se destaca la vocación integracionista. No obstante, la normativa contempla un antagonismo explícito entre el deber de integración latinoamericana, por un lado, y por otro, la ausencia de disposición expresa respecto de la jerarquía normativa. De allí que, incluso, se esté proponiendo una reforma constitucional que permita la inclusión directa de las normas cuyo aspecto debería quedar expreso en el tratado constitutivo. (Kerber, 2013).

Por otra parte, la Constitución de Colombia (1991) se refiere en distintos apartes a la vocación integradora. De hecho, los constituyentes la plasmaron desde el Preámbulo, ya que contempla el objetivo “[...] de impulsar la integración de la

comunidad latinoamericana”. En relación con el carácter vinculante del Preámbulo y su alcance, la teoría constitucional. (Gonçalves, 2008). “El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico [...] lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella”.¹⁰ Por otro lado, el Art. 9, relativo a la política exterior y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, se orienta “hacia la integración latinoamericana y del Caribe”. De igual modo, se diferencia entre un tratado de integración supranacional y los relacionados con los de derechos fundamentales, en la medida que, conforme al Art. 93, estos últimos prevalecen. Tanto el texto constitucional colombiano como el brasilero establecen la prevalencia constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, no resultan tan claros en lo relativo a la categoría del alcance de los tratados de integración. Tanto así que, como ya se expresó, se propone la necesidad de enmendar la Constitución brasilera en este aspecto. Sin embargo, hay que recordar que el dilema de la jerarquía, como bien lo señala. (Torres, 2011) , no ofrece el mejor esquema para estructurar las relaciones entre la esfera nacional y la supranacional.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-479 de 1992.
Magistrados Ponentes: José
Gregorio Hernández Galindo/Alejandro Martínez Caballero.

El Poder Constituyente originario de Perú (1993) plasmó en el Art. 44 como deberes del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general, la integración, “particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas”. De igual modo, el Art. 55 especifica que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En el artículo de los deberes del Estado se concibe la necesidad de que la política exterior promueva la integración, en especial la latinoamericana. En adición, los arts. 56.2 y 57 disponen de forma específica que todos aquellos tratados que contemplen la cesión de soberanía.

La Carta Política de Venezuela (1999) replica el esquema mencionado en el caso colombiano y anuncia desde el Preámbulo uno de los pilares constitucionales, ya que estipula la necesidad de impulsar y consolidar “[...] la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, [...]”. Seguidamente, determina que el Estado debe promover la celebración de tratados internacionales en materia de nacionalidad, “especialmente con los Estados fronterizos”. Concretamente, el Art. 153 enaltece la importancia de promover y favorecer “la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de

la región”. Así mismo, estipula la necesidad de conmutar esfuerzos para la seguridad colectiva de los pueblos.

Por otra parte, habilita la posibilidad de pertenecer a organizaciones supranacionales para que, por medio de tratados, se entreguen las competencias necesarias, a fin de materializar el proceso de integración. Además, expande el espectro e incluye la importancia de las relaciones con “Iberoamérica.

El *sumak kawsay*, traducido del quechua como “buen vivir” (Houtart, 2011), de la reciente Constitución de Ecuador (2008), en honor de la influencia originaria indígena, ha establecido sin lugar a duda la cláusula de mayor apertura que se haya elaborado en una Constitución de la región, y quizá única a nivel global en materia de integración regional. El compromiso del constituyente se aprecia desde el Preámbulo, cuando afirma que se trata de “un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana”. El Art. 276.5, relativo al desarrollo, subraya la necesidad de promover la integración latinoamericana e insertar la Nación de forma estratégica en el contexto internacional. En materia de relaciones internacionales, el Art. 416.10 promueve la conformación de un orden global multipolar basado en la participación activa de bloques económicos y políticos regionales. Bajo la misma línea argumentativa, el Art. 416.11 incorpora el mandato constitucional diferenciado de la integración

política, cultural y económica. Reitera, como lo hace indirectamente la Constitución colombiana, una referencia expresa a la región andina, con el contraste que la Asamblea Constituyente del Ecuador agrega a Latinoamérica y América del Sur. Como complemento, el Art. 423 dedica un capítulo de siete numerales relativos a la forma en que el Estado ecuatoriano debe desarrollar la estrategia integradora de Latinoamérica y del Caribe, de los cuales, valga simplificar, se establecen los principios orientadores: (i) en materia económica, financiera y monetaria; (ii) política económica internacional común; (iii) políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; (iv) el comercio regional, (v) estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural; (vi) la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; (vii) la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; (viii) estrategias coordinadas de soberanía alimentaria; (ix) armonización de las legislaciones en varias materias; (x) diversidad cultural, interculturalidad, conservación del patrimonio cultural y la memoria común; (xi) creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; (xii) libre circulación de personas; (xiii) política común de defensa; y (xiv) consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe.

Respecto de la Ley Suprema de Argentina (1853), en la reforma de 1994 se introdujo una disposición de la cual se

deduce que es posible la firma de un tratado internacional o similar por medio del cual se concedan funciones a un órgano trasnacional, siempre y cuando se respete el principio democrático. Por un lado, el Art. 27 delega al Gobierno federal la obligación de afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Por otro, el Art. 75.22 determina que los tratados y concordatos ostentan mayor jerarquía respecto de las leyes ordinarias. Sobre este aspecto, señala Perotti (2004, 619) que el Tribunal Supremo argentino ha sido errático al confundir las doctrinas dualista y monista, e insistir en ellas para resolver el asunto. Además, el Art. 75.24, relativo a las facultades del Congreso, estipula la potestad de aprobar “tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad”, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. De igual forma, se ratifica la jerarquía de las normas derivadas de esta autorización respecto del ordenamiento interno. El mensaje indirecto induce a obrar con mayor cautela frente a Estados no latinoamericanos, por lo que exige en un primer momento la declaratoria de conveniencia, y en el lapso de ciento veinte (120) días, la procedencia para su eventual aprobación. En suma, se trata de una cláusula intermedia, por dos razones: por un lado, porque

contempla la pertenencia a un ente supranacional, no obstante indeterminado, y por otro, porque si bien no declara de manera abierta la intención de ser parte de un órgano transnacional latinoamericano, sí diferencia las reglas formales de la aprobación, siendo flexible precisamente para con la región.

Bibliografía

Bustos, R. (2011). *“Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red”*. UNIÓN EUROPEA: Oñati: IVAP.

Claes, M. (2005). *“Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones nacionales: evolución y tipología”*. VALENCIA: Tirant lo Blanch.

Gonçalves, K. (2008). *Direito Constitucional*. . Bello Horizonte: Editora del Rey.

Häberle, P. (2014). *Pluralismo y Constitución*. MADRID: TECNOS.

Houtart, F. (2011). “El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”. *Revista de Filosofía del Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz*, 7-33.

Innerarity, D. (2015). “Transnational Self-determination. Resetting SelfGovernment in the Age of

- Interdependence”. *Journal of Common Market Studies*, 53.
- Kerber, G. (2013). “Constituições dos Estados-Membros do Mercosul e o Instituto Na Supranacionalidade”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16-32.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Malamud, A. (2010). *América Latina: uma região com um brilhante futuro atrás de si*. Lisboa: Laura Ferreira Pereira, Prefacio.
- Perotti, A. (2004). *Habilitación constitucional para la integración comunitaria Estudio sobre los Estados del Mercosur*. MONTEVIDEO: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Torres, A. (2011). “*En defensa del pluralismo constitucional*”. VALENCIA: Tirant lo Blanch.
- Bustos, R. (2011). “*Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red*”. UNIÓN EUROPEA: Oñati: IVAP.
- Claes, M. (2005). “*Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones nacionales: evolución y tipología*”. VALENCIA: Tirant lo Blanch.

- Gonçalves, K. (2008). *Direito Constitucional*. . Bello Horizonte: Editora del Rey.
- Häberle, P. (2014). *Pluralismo y Constitución*. MADRID: TECNOS.
- Houtart, F. (2011). “El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”. *Revista de Filosofía del Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz*, 7-33.
- Innerarity, D. (2015). “Transnational Self-determination. Resetting SelfGovernment in the Age of Interdependence”. *Journal of Common Market Studies*, 53.
- Kerber, G. (2013). “Constituições dos Estados-Membros do Mercosul e o Instituto Na Supranacionalidade”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16-32.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Malamud, A. (2010). *América Latina: uma região com um brilhante futuro atrás de si*. Lisboa: Laura Ferreira Pereira, Prefacio.
- Perotti, A. (2004). *Habilitación constitucional para la integración comunitaria Estudio sobre los Estados del Mercosur*. MONTEVIDEO: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Torres, A. (2011). “En defensa del pluralismo constitucional”. VALENCIA: Tirant lo Blanch.

Capítulo II

Análise e conceito de supranacionalidade e soberania na Constituição da Nação Argentina

Introdução

Diante do atual cenário mundial, estudar a relação entre o Direito Público Doméstico e o Direito Internacional se desdobra como uma necessidade, haja vista as mais diversas relações que se estabelecem entre os Estados Nacionais, organizações e entidades que compõem a Sociedade Internacional, ou ainda, entre indivíduos de nacionalidades diversas no âmbito dos negócios, de suas relações pessoais, dentre outros. As relações estão cada vez mais estreitas e variadas e a migração transformou o mundo em algo completamente novo.

O avanço histórico e a atual conjuntura global impulsionam para a necessidade de reconhecimento da supremacia do Direito Internacional, respeitando os tratados firmados entre as diversas nações e instituições que compõem a Sociedade Internacional. Este fenômeno, denominado supranacionalidade, e sua incidência ou não nas Constituições nacionais, são considerados por muitos teóricos como uma questão de segurança jurídica e garantia de cumprimento dos tratados assinados.

Contudo, embora as vozes clamem cada vez mais pelo reconhecimento da supremacia do Direito Internacional pautados nos exemplos de crescimento de comunidades e blocos integracionistas, num cenário onde as circunstâncias atuais impulsionem cada vez mais para que países adotem tal posicionamento, alguns empecilhos surgem. O maior deles é o conceito arcaico e anacrônico de soberania adotada por diversos países que não se encaixam ao mundo contemporâneo e percebido nas constituições de diversos Estados latino-americanos. As vozes nacionalistas que acreditam no conceito de supremacia estatal se esforçam em negar os avanços e a importância da modificação do termo.

Neste cenário, a Constituição da Nação Argentina (CNA) surge como um código pioneiro. É um dos dois únicos países do Mercosul a definir e esclarecer as normas do Direito Internacional, dotando de supranacionalidade os acordos firmados com vistas ao integracionismo, incluindo-se até mesmo países fora da América Latina.

O trabalho seguir-se-á fazendo uma explanação sobre a evolução temática do DI. Em seguida, se debruçará sobre o termo supranacionalidade, apresentando a definição desenvolvida por alguns teóricos e o enquadramento no Direito Internacional. Depois discutirá a soberania através das conceituações clássica e contemporânea – soberania absolutista e clássica – e porque ela pode ser um impeditivo

para o Direito supranacional. Por fim, discutirá a relação destes termos com a Constituição Argentina.

Evolução da Temática no Direito Internacional

A atual conjuntura mundial urge de maior discussão e amadurecimento sobre os conceitos de Direito Público Doméstico relacionados às questões do Direito Internacional (DI), isto porquê, como cita Pedro Baptista Martins¹¹: “nenhum dos problemas jurídicos da atualidade avanta-se em importância teórica ou política ao das relações entre o direito interno e o direito internacional”, uma vez que este é o caminho para a manutenção da ordem, da paz e da segurança mundial. Como bem define Franco Filho:

fruto da convivência internacional, a existência de tratados é resultado, justamente, do esforço de todas as inteligências do planeta, no sentido de dotar as relações jurídicas internacionais de um mínimo de regularidade e tranqüilidade para que todos possamos melhorar as condições de vida na terra. O objetivo sempre continuará

¹¹ apud Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 206.

sendo (...) a manutenção da paz e da segurança internacionais e o respeito aos direitos humanos.¹²

À medida que essas relações vão se tornando cada vez mais próximas e dinâmicas, onde é visível a convergência de conexões, o entendimento sobre a grandeza dos tratados e a necessidade de sua condição supranacional ganham maior relevância¹³. É ela resultante das diversas discussões do pós-guerra, decorrência do período histórico que deixou um contingente de mortes que ultrapassou a barreira do aceitável e previsível até então, fazendo o mundo refletir sobre tais acontecimentos e suas desastrosas consequências¹⁴.

Após os tenebrosos acontecimentos da primeira metade do século XX, diante da necessidade de melhor convivência entre os países do Globo, deu-se início o período de solidificação das relações jurídicas internacionais e do “movimento evolutivo do direito internacional no sentido da consolidação da proteção aos direitos humanos, ou seja: da afirmação do caráter plural da condição humana em um mundo multifacetado e em constante mutação”¹⁵.

¹² Franco Filho, Georgenor de Sousa. “Os Tratados Internacionais e a Constituição de 1988” em *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Manaus, nº 1, junho de 2005, p. 78.

¹³ Marinho, Glécia Morgana da Silva, *Tratados no Brasil e a Possibilidade de Adoção da Supranacionalidade na CRFB/88*, 2014, 56 f., Monografia (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014, p. 39.

¹⁴ Hobsbawm, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*, São Paulo, Cia. das Letras, 1995.

¹⁵ Souza, Andréa Lyrio Ribeiro de. “Rumo ao Direito Supranacional: Princípios Jus Congens de Direito Internacional como Gramática

Neste cenário, o conceito de Direitos Humanos e Humanitários, em meados do século XX, surge como garantias fundamentais a serem mantidas e protegidas por todos os Estados, atravessando a barreira da soberania, como uma obrigação da Sociedade Internacional que deve acastelá-los e vigiá-los, punindo quem os descumpra nos ditames conveniados.

Os diversos documentos criados a partir daí despontam como os precursores da atual discussão dos inúmeros teóricos que em vozes cada vez mais ecoantes, defendem a adoção do Direito Supranacional por todos os Estados do Globo. Algo que não deve limitar-se apenas aos tratados em matéria de Direitos Humanos, mas incluir os diversos acordos assinados perante a Sociedade Internacional.

O conceito em questão não é tão recente, e traz consigo o ressurgimento de conceitos antigos como o princípio da subsidiariedade, esquecido há muito, e a revisão de termos constitucionais que possuem conceitos incondizentes com a atual conjuntura mundial. Estes fenômenos foram impulsionados pelos desastrosos conflitos do início do século passado e a destruição verificada decorrente da falta de entendimento entre nações que fizeram coro para a necessidade de surgimento de um Direito Internacional que se sobrepusesse aos limites nacionais do Estado.

Comum da Humanidade”, em *Anais do 7º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 89.

Surgiram, ao longo do último século, convenções, debates e documentos que visavam legislar sobre o tema, conceituá-lo e discutir questões pertinentes ao mesmo. A Convenção de Viena, de 1969, e a Convenção de Havana, ocorrida em 1928, são exemplos disso. Ambas resultaram do engajamento de diversos pensadores e do compromisso de inúmeros países que tinham o fito de disciplinar os acordos celebrados pelas nações.

A iniciativa de supranacionalização de normas, contudo, não se limitou apenas a convenções e debates internacionais. Impulsionados pelas melhorias experimentadas a partir de pequenas uniões de países e buscando ampliar seu alcance e eficácia, em 1986 é assinado o Ato Europeu que a partir da união de três comunidades definidas por tratados anteriores acabou resultando posteriormente na promoção do melhor exemplo de bloco comunitário internacional: a União Europeia (UE).

Hoje, a comunidade possui Constituição própria reconhecida como superior às dos países membros, sendo balizada pelo princípio da subsidiariedade, que permite a autonomia e preserva a soberania dos Estados. Sua criação, em 1992, através da assinatura do Tratado de Maastricht, se deu em fases, foi resultado de inúmeros tratados, da união de pequenas comunidades já existentes, da adesão de novos países e dependeu da alteração de muitos dos códigos das nações signatárias, que necessitaram adicionar

dispositivos que reconheciam a unidade do Direito Comunitário com o interno.

É devido a conquistas como essa que o processo inglês conhecido como *Brexit*¹⁶ que resultou na decisão, pela

¹⁶ O movimento *Brexit*, termo formado pela junção dos termos ingleses *Britain* e *exit*, impulsou um referendo interno dos países que compõem a Grã-Bretanha e, que no dia 23 de junho de 2016, decidiu pela retirada do Reino Unido da Comunidade da União Europeia. Esta foi a segunda vez que o país realizou este tipo de referendo. Anteriormente, em 1975, a população votou favorável à permanência. As negociações do acordo de saída do Reino Unido comunidade de países europeus duraram mais de três anos, sendo aprovado em 17 de outubro de 2019 pela UE e, em 9 de janeiro de 2020, pelo parlamento britânico. Por sua vez, a retirada oficial se deu alguns dias depois, em 31 de janeiro de 2020. O perfil dos votantes favoráveis ao *Brexit* revela um caráter de nacionalismo exacerbado com tendências xenófobas e não é partilhado por cerca de metade da população, composta por imigrantes ou descendentes destes. Além disso, cidades mais afastadas do centro de Londres se posicionaram massivamente contrárias, mas acabaram perdendo nas urnas, gerando uma forte insatisfação popular nestas regiões. Seguiu-se uma forte instabilidade econômica imediata refletida no mundo e uma crise política interna, na Grã-Bretanha, qual ocasionou o pedido de afastamento do primeiro-ministro e viu um desfile de simpatizantes do *Brexit* se retirarem da disputa pela sua substituição. Some-se ainda o fortalecimento de movimentos separatistas em parte dos países que compõem o Reino Unido, especialmente a Escócia e a Irlanda do Norte. Atualmente, os escoceses são liderados por um governo separatista, eleito pelo forte desejo de seus nacionais deixarem de fazer parte do Reino Unido. Em 2022, o governo local exigiu que Westminster permitira um segundo referendo entre os escoceses para avaliar a permanência ou não de seu país como parte da Grã-Bretanha (o primeiro foi realizado dois anos antes do *Brexit*, o que é usado por este governo como argumento de que se faz necessário uma revisão deste), mas o parlamento britânico se pronunciou declarando a ilegalidade de realização desta consulta e proibindo manifestações públicas favoráveis à saída escocesa do RU. Especialistas consideram que há uma crise política entre o governo escocês e Londres e, que o fortalecimento do movimento separatista, nesta região, poderia aflorar o movimento separatista na Irlanda do Norte. Este país está situado na ilha da Irlanda que é composta também pela República da Irlanda, qual se declarou independente em 1916. Após anos de conflito, a ilha se dividiu entre dois países: ao sul da ilha, ocupando cerca de cinco sextos desta, encontra-se a República da Irlanda, independente da coroa inglesa

população britânica, de saída do Reino Unido é considerado retrogrado e alarmante. O movimento foi impulsionado por teorias de nacionalismo exacerbado e provocou manifestações xenófobas na Inglaterra. Para além das discussões de prejuízos econômicos internos e externos e do prejuízo para os atuais conceitos de Direito Constitucional e Internacional, o risco de esfacelamento da Grã-Bretanha com a retirada da Escócia, da Irlanda do Norte e do País de Gales, além dos desentendimentos provocados na cúpula da UE são apenas os sintomas iniciais do ocorrido. Os demais serão sentidos ao longo dos anos vindouros pós ativação da cláusula 50¹⁷, por parte do parlamento inglês.

desde 1922 e que, a partir de 1973, passou a integrar a União Europeia; ao norte da ilha, um pequeno território que faz parte do Reino Unido e que passou a chamar-se Irlanda do Norte. A relação entre estes dois países é complexa e possui características mistas, considerando a organização política de cada um deles e os acordos de livre fronteira e circulação de pessoas e mercadorias estabelecidos entre ambos. Embora a paz haja sido instaurada na região há cerca de um século, parte dos moradores da ilha não escodem o desejo de reunificação e o *Brexit* é considerado como um propulsor no movimento interno de independência da Irlanda do Norte, onde atualmente não é tão forte quanto na Escócia, mas poderia vir a sê-lo, diante de possíveis problemas socioeconômicos, incluindo a criação de fronteiras físicas e controles migratório e alfandegário, resultantes da nova conjuntura estabelecida após a retirada do Reino Unido como parte integrante da Comunidade da União Europeia.

de Abreu, Pedro Vitor Serodio. *As consequências do Brexit após mais de três anos: desafios e polarização no cenário britânico*, Net, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/105287/as-consequencias-do-brexit-apos-mais-de-tres-anos-desafios-e-polarizacao-no-cenario-britanico>, acessado em 25 jul. 2023.

¹⁷ Cláusula 50 é o dispositivo do Tratado da União Europeia adicionado por meio do Tratado de Lisboa, de 2007, que prevê a possibilidade de retirada de um dos países do bloco além de definir o procedimento adequado que precisa ser seguido.

Deixando de lado o acontecimento interno britânico e retornando à 1991, cruzando o Atlântico, era possível detectar outro bloco que embrionava. O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) visava, sobretudo, facilitar as relações mercantis e aduaneiras dos Estados membros, criando uma área de livre comércio. Sua fundação, através do Tratado de Assunção, é resultado de décadas de negociações e inúmeros tratados entre Brasil e Argentina, sendo antes mesmo de sua fundação também integrado por Uruguai e Paraguai.

O bloco cresceu e é atualmente integrado também pela Venezuela, embora esta encontre-se suspensa por incumprimento de acordos previstos na legislação do Mercosul e, posteriormente, por incumprimento da cláusula democrática justificada na dissolução da separação de poderes e pela ruptura da ordem democrática previamente estabelecida na normativa deste país¹⁸. Possui

¹⁸ A suspensão da Venezuela se deu progressivamente entre os anos de 2016 e 2017, a partir de um acordo estabelecido entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai que impediu que Nicolás Maduro, presidente venezuelano, assumira a presidência rotativa do bloco, qual passou a ser dirigido por uma união conjunta de todos estes países até a ocorrência da nova rotatividade legal. As razões que justificaram tal acontecimento foram o incumprimento do Acordo de Complementação Econômica nº 18 (1991), do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (2005) e do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul (2002), sendo estes dois últimos considerados os mais graves. Não obstante, acredita-se que a principal razão seria uma divergência política local, diretamente relacionada com a ascensão de governos conservadores nos demais países membros e a manutenção do governo de esquerda venezuelano, levando ao seu isolamento diante dos demais países do Mercosul e a remoção de seus direitos e deveres. Ressalte-se que não há nenhuma

cinco Estados associados: Chile, Peru, Colômbia, Equador e Bolívia, sendo que este último se encontra em processo de adesão, iniciado em 2012, e o anterior está em meio a negociações para ingressar como membro pleno após pedido protocolado, em 2011. Suriname e Guiana, por sua vez, encontram-se em processo de adesão enquanto membros associados, ao passo que Nova Zelândia e México ¹⁹ participam na condição de Estados observadores²⁰.

Apesar dos vinte e cinco anos de existência do Mercosul, dos inúmeros tratados já assinados entre os Estados que o compõem, dos incontáveis debates realizados e do discurso integracionista por vezes apresentado e defendido pelos países membros, o bloco está longe de atingir o nível de integração almejado. Uma das dificuldades apontadas seriam as dificuldades nas negociações estabelecidas com

previsão de uma possível expulsão do bloco e que, uma vez que a Venezuela cumpra os acordos apontados na ata de suspensão, esta terá o reestabelecimento de todos os seus direitos e obrigações.

MERCOSUL. Decisão sobre a suspensão da Venezuela no MERCOSUL, Net, disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercosul/>>, acesso em 25 jul. 2023.

Molina, Federico Rivas. “Mercosul suspende Venezuela e aumenta a pressão sobre Nicolás Maduro”, em El País, Net, Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/02/internacional/1480699979_812056.html>, acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁹ Em algumas ocasiões, desde sua criação, presidentes mexicanos e argentinos apresentaram interesse numa possível adesão do Estado norte-americano enquanto membro pleno do MERCOSUL, mas até o momento, nenhuma medida concreta foi tomada.

²⁰ É possível encontrar todas as informações relativas aos membros plenos, associados e observadores no portal oficial do bloco: <www.mercosur.int>

tal fito, além das limitações impostas pelas Constituições de alguns dos países integrantes.

União Europeia e Mercosul são dois exemplos aos quais se podem somar a Comunidade das Nações ou Commonwealth of Nations (1926), Liga de Estados Árabes (1945), Comunidade Andina de Nações ou CAN (1969) e União de Nações Sul-Americanas ou UNASUL²¹ (2008). Estas organizações são modelos da criação de diversos blocos de cooperação e união instituídos ao longo da segunda metade do século XX e início do século XXI.

Muitos destes blocos se uniram seguindo o exemplo ou impulsionados pelo embrião da Comunidade Europeia, tendo presentes em alguns deles discussões com vista de ampliação projetada ao Direito da Integração e/ou Direito Comunitário. Contudo, apesar das inúmeras iniciativas destas organizações e da criação de diversos blocos (de múltiplas estirpes e objetivos) e uniões internacionais de cooperação mútua, nenhuma experimentou êxito parecido ao da União Europeia.

Fica claro que a nova conjuntura mundial experimentada a partir de meados do século XX e resultante dos acontecimentos de sua primeira metade, se aproxima, passo a passo, do Direito Internacional Supranacional, com o surgimento de blocos e comunidades, bem como normas gerais de disciplina de acordos internacionais. Os conceitos

²¹ A UNASUL também é conhecida pelo nome em espanhol *Unión de Naciones Suramericanas* com sigla UNASUR.

de teóricos, os acordos firmados e a mudança de muitas Constituições são a melhor demonstração do fenômeno. Atualmente, o mundo avança em termos teóricos e, em alguns casos práticos, para o direito transnacional, embora enfrente alguns limites, sobretudo constitucionais para o feito. Como será apresentado em momento oportuno, a conceituação arcaica do termo soberania é um empecilho destacável e significativo. Por isso, o mesmo recebeu grande destaque no presente escrito. Contudo, antes de debater melhor tal questão, é necessário conceituar o termo supranacionalidade e apresentar algumas minúcias que lhe são pertinentes.

Supranacionalidade: conceito e aplicação contemporânea

Supranacionalidade, que será definida abaixo, é um instituto do Direito Internacional, uma teoria adotada por algumas nações que demonstra o amadurecimento do sistema jurídico entendido como uno e compreendendo o Direito Interno e o Externo como categorias de um todo que se complementam. Como decorrente do Direito Internacional, sua compreensão pode ser melhor experimentada auxiliada por uma breve explanação deste. Assim, segue-se discussão sobre o século XVII e sua relação com a normativa.

O século XVII é considerado o berço de nascimento do Direito Internacional. Marcado pela descoberta das minas americanas de metais preciosos e sua massiva exploração – iniciando de fato a colonização europeia nas Américas²² – a Crise Geral²³ – decorrente do desenfreado enxerto nas relações comerciais de metais preciosos advindos da América – a revolução científica²⁴ e conhecido como o *Grand Siècle* francês.

É neste século que desembocam alguns dos principais desafios da normativa externa que começaram a surgir ainda nos séculos XV e XVI. Os conflitos decorrentes da falta de entendimento entre os diversos territórios

²² O início da colonização europeia na América se dá na última década do século XV. Contudo, a exceção da divisão e da tentativa de pequenos acordos entre as principais nações com poder de exploração marítima e a retirada de alguns recursos de forma mais lenta, é ao longo do século XVII, com a descoberta de jazidas de metais preciosos que a exploração se torna massiva. Por esse motivo, este século é considerado o período do início da colonização de fato. Contudo, a exploração desordenada levou a escassez dos metais tanto nas minas americanas quanto no continente europeu, resultando na denominada Crise Geral.

²³ Crise Geral é a denominação histórica para a crise europeia que ocorreu no fim do século XVII, motivada pela exploração desenfreada de metais preciosos na América, que inicialmente enriqueceu os países exploradores e ampliou a sociedade mercantil e relações de comércio, para depois mergulhar o continente na crise do século, com alto índice inflacionário decorrente do desaparecimento dos metais preciosos usados nas transações comerciais. É considerada a mola propulsora da revolução burguesa e da revolução industrial, uma vez que a estrutura medieval da Europa não mais suportava as condições implementadas no período moderno da História.

²⁴ Revolução Científica é a denominação atribuída para o período do século XVII marcado pela separação entre ciência e filosofia. Também foi marcado pelo Renascimento cultural e o surgimento da imprensa. O conhecimento científico avançou significativamente, de forma nunca vista até então e resultou no avanço considerável das ciências, com descoberta e teorias que mudaram o curso da modernização mundial.

européus, a exploração das Américas a partir de uma divisão que beneficiava apenas dois reinos e o desrespeito aos acordos celebrados levaram diversos teóricos a discutir a temática, buscando disciplinar da melhor forma possível e encontrar uma solução para o problema.

O Direito Internacional surge, então, como mecanismo para tentar regular as relações internacionais e permitir uma relação pacífica entre os povos, substituindo guerras intermináveis a exemplo da Guerra dos Trinta Anos²⁵. Ele surge, assim, como uma condição *sine qua non* para a manutenção da paz e garantia da segurança internacional²⁶. Os três anos de negociação da paz resultante da Guerra dos Trinta Anos é um bom exemplo disso.

Após as guerras da primeira metade do século XVII, o território europeu seria palco de outras guerras. Contudo, foi na primeira metade do século XX, quando ocorreram as duas Grandes Guerras²⁷ que foram vistas as consequências

²⁵ Guerra dos Trinta Anos é o termo que denomina uma sequência de guerras ocorridas na primeira metade do século XVII no continente europeu, envolvendo os diversos principados, reinados e territórios. Fruto da rivalidade entre as nações, desacordos sobre domínios e territorialidade e questões de caráter comercial e religioso a guerra durou o exato tempo que lhe dá nome. A paz foi negociada durante mais de três anos e após seu fim a Europa estava transformada em diversos sentidos.

²⁶ Franco Filho, Georgeton de Sousa. *Os Tratados Internacionais e a Constituição de 1988*.

²⁷ O desrespeito entre os países do continente europeu moldado pelos ânimos acirrados de povos que não conseguiam entrar em acordo culminou em quatro anos de guerra, envolvendo as principais potências do globo. Morreram mais de dez milhões de pessoas entre soldados e civis, o mapa da Europa foi modificado com o sumiço de quatro impérios, mais de 10% da população europeia sucumbiu durante o conflito, alguns territórios chegaram a perder quase 20% de

desastrosas da falta de diálogo entre as nações e os conceitos arcaicos de Estados unguídos de hegemonia, supremacia e incontestabilidade, com poder ilimitado e ilimitável.

Consideradas as guerras mais avassaladoras da História da Humanidade e de consequências catastróficas, os terríveis resultados serviram para solidificar os discursos da importância de respeitar a igualdade internacional das nações, o respeito aos tratados, a necessidade de diálogos e a celebração de acordos. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) é um resultado necessário dos conflitos.

Além da ONU foram criadas, ao longo da segunda metade do século XX, três pequenas comunidades de países europeus que buscavam através de cooperação mútua se

sua população masculina, os países derrotados mergulharam num nível de pobreza jamais vistos com levas de mendigos e crianças órfãs vagando pelas ruas. Eric Hobsbawm, em seu livro *A Era dos Extremos*, afirma que países como a Inglaterra chegaram a perder uma geração inteira. Mas se as catástrofes dessa primeira Grande Guerra já não foram terríveis o suficiente, cerca de quinze anos tem início uma ainda mais mortal. A Segunda Grande Guerra, em consonância com o Holocausto, dizimou famílias e cidades inteiras. Supõem-se que pelo menos 50 milhões de pessoas hajam morrido durante os conflitos. Ela é marcada pelo envolvimento de praticamente todos os países ocidentais e alguns orientais, transpondo diversos continentes. Além das bombas nucleares americanas jogadas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. Suas consequências foram tão desastrosas que se passou a contestar a supremacia das nações de poderes ilimitados. Logo após o fim, diversas vezes se levantaram, novas teorias passaram a serem desenvolvidas e o Direito Internacional como meio para manutenção da paz se consolidou através da criação das Organizações das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945. Sobre o tema ver: Hobsbawm, Eric. *Era dos Extremos*.

reerguer após a devastação ocorrida nas décadas anteriores, principalmente em decorrência da I e da II Grande Guerra Mundial e a crise econômica provocada pela Grande Depressão de 1929. Essas comunidades originaram a União Europeia e foram responsáveis por proporcionar uma recuperação mais rápida e dinâmica aos países do bloco. A criação da União Europeia (UE), enquanto união supranacional, delegando responsabilidades a uma organização considerada superior às nações simbolizou um enorme passo em direção ao reconhecimento do Direito Internacional, de sua importância e do real lugar que o mesmo deveria ocupar. Contudo, a melhoria do diálogo entre as nações e a reconfiguração do DI não importam apenas às relações de Direito Público Internacional, mas ainda às inúmeras relações do globo que se tornam cada vez mais próximas e dinâmicas. Num mundo que caminha para uma convergência de relações, se urge entender a grandeza dos tratados e a necessidade de sua condição supranacional, por isso, deste ponto será discutido o termo propriamente dito.

O vocábulo supranacionalidade “emana da expressão superioridade hierárquica, ou, aquilo que sobrepuja ao poder estadual e está acima da Nação”²⁸, uma vez que se trata de um Direito que está acima dos Direitos Internos

²⁸ Fantinel, Alexandra Ramos. “Organizações Internacionais no contingente intergovernamental e supranacional e a questão da soberania dos Estados”, em *Anais do 7º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 26.

dos Estados. Ocorrência possível através da adoção da teoria monista internacionalista que dispõe o Direito como um todo normativo, apresentando os Estados Nacionais como seu partícipe, não estando esta normativa acima das legislações externas, uma vez que configuram dentro de uma mesma ordem jurídica, cujo Direito Interno se subordina ao Externo por meio do *pacta sunt servanda*, a partir da assinatura dos tratados internacionais. É o que aponta Mazzuoli.

O monismo com primazia do direito internacional sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Kelsen seu maior expoente). Segundo esta concepção o direito interno deriva do direito internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o direito internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), de onde deriva o direito interno, que lhe é subordinado²⁹.

As mudanças decorrem não apenas do surgimento de documentos e organizações internacionais, mas ainda das próprias constituições que aos poucos passam a modificar sua compreensão de soberania, entendendo que os poderes emanados do povo:

²⁹ Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*, p. 217.

autorizan mediante fórmulas de atribución la salida de competencias propias o naturales del Estado, en dirección de organizaciones y instituciones producto de la integración regional... En la práctica, ello significará una translación de competencias, sobre todo legislativas y jurisdiccionales, que terminarán por convertir a los ordenamientos jurídicos integrados, lejos de la forma uniforme del pasado, en modernas formas duales donde los sistemas de fuentes dejarán de referenciar de manera primaria y casi exclusiva al derecho interno para cohabitar con normas básicas de referencias foráneas (...)³⁰.

O Direito Supranacional, portanto, ganha espaço à medida que os Estados percebem a importância da integração e as Constituições Nacionais passam a definir que o poder emanado do povo pode ceder algumas atribuições à comunidade internacional. Este fenômeno é denominado por Alexandra Ramos Fantinel como princípio da subsidiariedade, definido como a delegação de “poderes às Comunidades internacionais, regulamentadas por tratados,

³⁰ PIZZOLO, Calogero. “La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, em *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, pp. 369-370.

bem como pela conjugação de forças provenientes de seus membros”³¹.

O princípio supracitado está diretamente ligado à compreensão de soberania existente nas constituições estaduais, uma vez que este conceito pode tanto promover como dissipar tal subsidiariedade de direitos. Assim, “numa compreensão mais ampla de soberania, afastada da ideia individualista do Estado, esse princípio desponta como o caminho de integração das comunidades internacionais que se alinham de forma horizontal em busca de vantagens para os seus partícipes”³². Como aponta:

No tocante a supranacionalidade, pontifica a idéia de que esta advém da predominância do interesse comunitário sobre o individual dos Estados-membros, podendo ser classificada sob três características básicas: reconhecimento de um conjunto de interesses ou valores comuns, criação de um poder efetivo a serviço dos interesses e valores e autonomia do poder, cuja estrutura organiza-se de forma autônoma e independente, vindo a prevalecer o interesse comunitário sobre o interesse individual dos Estados-membros³³.

³¹ Fantinel, Alexandra Ramos. *Organizações Internacionais no contingente intergovernamental e supranacional e a questão da soberania dos Estados*, p. 27.

³² Marinho, Glécia Morgana da Silva, *Tratados no Brasil e a Possibilidade de Adoção da Supranacionalidade na CRFB/88*, p. 44.

³³ Fantinel, Alexandra Ramos. *Organizações Internacionais no contingente intergovernamental e supranacional e a questão da soberania dos Estados*, p. 22.

Os valores e interesses em comum, desta forma, despontam como uma das três principais características do Direito Supranacional e estão intimamente ligados à compreensão do poder nacional e o interesse na comunidade acima do Estado. É este fenômeno que permite a existência do Direito Comunitário e do Direito da Integração, pautados no entendimento de que o bem comum está acima dos Estados nacionais e que não se pode mais assumir que conceitos que defendam a supremacia de um Estado.

Pensamento não partilhado por autores que defendem conceitos de soberania e supremacia do Estado, chegando inclusive a afirmar que existem dois sistemas jurídicos: o nacional e o internacional. Estes teóricos são partidários da teoria dualista e defendem que a norma interna é superior a externa. É o caso do jurista e doutrinador da Teoria do Estado Miguel Reale, que preceitua:

O Direito Internacional se pôs como Direito autônomo exatamente quando cada ordenamento jurídico-estatal afirmou a originalidade de sua competência. A doutrina dualista do Direito consulta, pois, não só às exigências históricas, mas às exigências lógicas do processo de formação da ordem jurídica.³⁴

Para os autores dualistas, como é o caso de Miguel Reale, o Direito Internacional é algo externo e alheio. Para ele, o DI

³⁴ Reale, Miguel. "Parte II: Estado e Soberania", em *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 210.

apenas pressupõe que existe uma sociedade formada por Estados-nações. Além disso, trata-se de algo relativamente recente, cujo não pode reclamar para si qualquer tipo de supremacia normativa. Contudo, é necessário observar que este autor, ao defender a supremacia do Estado, o define como uma sociedade de indivíduos, detalhando a importância do mesmo a partir de sua organização jurídica e do reconhecimento de um poder superior. Assim, parece contraditório renegar a devida importância do DI, uma vez que as definições por ele apresentadas parecem significativamente semelhantes.

O Dualismo, enquanto corrente teórica, surgiu em 1914 e foi criado por Alfred Von Verdross para expressar a ideia defendida por teóricos como Dionisio Anzilotti que acreditavam nessa organização jurídica dual de normas externas e domésticas³⁵. Essa corrente se desenvolveu, sobretudo, a partir de conceitos nacionalista, visando a supremacia estatal e pautada em definições como a de soberania. Neira Nivea Lima Costa dispõe:

Na visão dualista, os tratados firmados entre os Estados-parte não incidem internamente, pois o seu campo de aplicação é no âmbito internacional. Para que o tratado tenha efeitos jurídicos no âmbito interno, os dualistas apregoam que se faz necessário incorporar a norma internacional ao Direito interno, mediante um

³⁵ Marinho, Glécia Morgana da Silva, *Tratados no Brasil e a Possibilidade de Adoção da Supranacionalidade na CRFB/88*, p. 32

procedimento de transformação. Portanto, percebemos que a visão dualista está mais atrelada às noções de soberania. Sustentam ainda os dualistas que o Estado soberano é sujeito de Direito Internacional, enquanto o indivíduo é sujeito de Direito Interno, não podendo este suscitar direitos ou assumir obrigações sob o manto da norma de Direito Internacional [grifo adicionado].³⁶

Destarte, o conceito clássico de soberania utilizado por autores dualistas para defender a tese de existência de dois sistemas jurídicos distintos, também é justificativa para o impedimento da adoção da supranacionalidade. Isto porquê para estes autores, o nacionalismo exacerbado remonta ao entendimento de que a soberania estatal é suprema e não pode se subordinar a qualquer outra norma. A influência externa do Direito Internacional, assim, seria uma ofensa a soberania dos Estados.

Por outro lado, na análise da corrente divergente adotar a supranacionalidade nas constituições nacionais não significa que um Ente “poderia sobrepujar outros, suas normas não poderiam ser destinadas às questões e relações internas de outrem, posto que a jurisdição de cada um seria limitada pelo seu próprio território”³⁷.

³⁶ Costa, Neira Nivea Lima. *Relações do Direito Internacional com o Direito Interno: teorias clássicas e concepção de transnormatividade e soft law*, 2010, 25 f., Monografia (Pós-Graduação) - Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010, p. 09.

³⁷ Marinho, Glécia Morgana da Silva, *Tratados no Brasil e a Possibilidade de Adoção da Supranacionalidade na CRFB/88*, p. 28

Ainda na mesma linha: “Este entendimento, aliás, derruba a compreensão de que um sistema jurídico uno ou a desnecessidade de processo de internalização com criação de dispositivos na legislação doméstica significaria necessariamente a quebra de soberania de um Estado, posto que ele só se sujeitaria aos compromissos por ele mesmo assumidos.

Fica claro o quanto é errônea a compreensão que o reconhecimento da existência de um único sistema jurídico, aceitando a normatização internacional como supranacional, agrediria a soberania dos Estados. O problema está muito mais na definição que determinados autores empregam ao termo e que já não se adequa a atual conjuntura mundial. Em que pese o fato de que o conceito será melhor discutido no próximo capítulo do trabalho, contudo, é necessário ressaltar que esta compreensão, impeditiva da adoção da supranacionalidade, é anacrônica. O anacronismo ³⁸ supracitado se opõe a realidade contemporânea do globo pois, como doutrina Ferreira Filho³⁹ o atual contexto internacional criou um novo ente,

³⁸ O anacronismo é um termo costumeiramente utilizado na História e na Literatura para definir algo que não se encaixa ao tempo em questão. Consiste em atribuir à uma época ou a um personagem ideias e sentimentos que são de outra época. Significa ainda agir em desacordo com o período. O conceito de soberania clássica criado no período moderno é, portanto, anacrônico ao Estado contemporâneo.

³⁹ apud Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, Net, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>>, acesso em: 23 mai. 2016, p. 07.

qual seja a "Comunidades de Estados que possuem caráter federalista, que terão como lei suprema não uma Constituição, mas um Tratado, o qual será adotado de acordo com as regras do direito internacional e somente alterável de conformidade com estas".

A nova realidade, resultado do reconhecimento de valores e interesses in comuns, criaram essa nova tendência mundial ao Direito Supranacional, passando a ser observado na formação de legislações e comunidades que buscam a integração internacional e/ou regional com vistas ao crescimento e fortalecimento dos diversos setores internos e/ou da defesa e garantias mínimas do homem.

Em termos de Direito Comunitário, a União Europeia é o melhor exemplo de implementação do fenômeno. Outros grupos regionais à exemplo do Mercosul, UNASUL e CAN buscaram implementar políticas integracionistas, através de acordos de união aduaneira e comercial que poderiam ser projetados futuramente a outros setores, embora não tenham atingido um modelo de Direito da Integração condizente com o almejado.

No que tange ao Mercosul, um dos empecilhos encontrados (para além da política rígida adotada por alguns de seus membros em determinados pontos de sua história ou outras questões de cunho político interno) são as Constituições dos Estados membros, que devem ser calmamente observadas e analisadas. De grosso modo, é possível encontrar legislações mais engessadas e outras que

aos poucos vão redefinindo conceitos ou promovendo alterações, embora não sem perdas à expressividade do Direito Comunitário ou Direito da Integração Regional.

No que tange a Constituição Argentina (CNA), esta contém regras bem claras do tratamento a ser dado às normas do DI. Elas definem como devem ser internalizados os tratados internacionais, diferenciando o percurso em acordo com a matéria dos mesmos. Também estabelece hierarquias diferentes, igualando às normas constitucionais os acordos voltados aos Direitos Humanos.

Esta clareza e especificidade normativa existente na CNA evita que as discussões permaneçam apenas no campo das interpretações constitucionais, promovendo avanços doutrinários ao tema. Isto não exclui, contudo, a necessidade de diversas discussões em relação ao código.

Em momento oportuno, os assuntos acima serão melhores discutidos, uma vez que o fito deste ponto era definir e discutir o termo supranacionalidade. Nesta etapa, ficou claro o impedimento que o conceito nacionalista de soberania é um grande empecilho e está na contramão do momento vivenciado no mundo contemporâneo. Por este motivo, o trabalho seguirá discutindo sobre o termo.

Soberania: evolução conceitual e aplicação contemporânea

A Europa do século XII começou a experimentar uma série de transformações que resultariam na instauração do Estado Moderno quatro séculos depois. Estes séculos de transição foram marcados pela tentativa incansável de definir um poder soberano capaz de pôr fim ao caos que o continente mergulhara até ali.

É neste mesmo período que começa a ser desenvolvido o conceito de soberania, que traz consigo toda a carga histórica intrinsecamente ligada à sua formação. O termo é, portanto, o resultado de uma sequência de fatos políticos, sociais, históricos e geográficos que começaram a se desenvolver antes mesmo do Estado Moderno e foi crucial para o mesmo. Raquel Krisch aponta:

o conceito de soberania teve uma gênese demorada: resultou de um processo de transformação jurídica e política, do qual emergiu um novo mapeamento do poder e das lealdades na Europa. Nesse processo, não só se afirmava uma nova formação de poder, como também se desenvolvia um discurso jurídico e político adequado aos novos conflitos e à nova realidade⁴⁰.

O termo, surgido na Europa do século XIII, é a representação daquele momento histórico, da formação do

⁴⁰ Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*, São Paulo, Humanitas, FFLCH, USP, 2002, p 32.

discurso teórico político-jurídico e resultante do debate de diversos pensadores que buscavam uma solução para o caos que o continente enfrentava. A Europa deste período era marcada por diversos conflitos, por levadas migratórias, invasões, conquistas e/ou ocupações entre si e de povos vindos de outros continentes, das dissidências territoriais entre seus diversos conglomerados políticos e territoriais e das guerras constantes internas e externas.

Destarte, é possível destacar que o Período Medieval da História europeia foi fortemente marcado pela instabilidade em todos os setores das sociedades daquele continente, levando a conseqüente compreensão que a busca pela estabilidade e manutenção da ordem estaria diretamente ligada a existência (ou ainda, naquele momento da história, à criação) de um poder supremo.

Este poder nasceu do confronto dos diversos poderes políticos que se destacavam. As principais representações de poder vinham do papa (uma vez que a crença católica havia sido disseminada por todo o continente e começara a ser reconhecida como a religião verdadeira), dos reis (entendidos como herdeiros divinos do poder político, através da concepção do Direito Natural) e da nobreza (que visava dotar-se de tal poder e havia se fortalecido durante o Período Medieval).

O cruzamento destes poderes em consonância com as necessidades políticas impulsiona os pensadores do

período a desenvolver conceitos jurídicos e políticos eficazes. Assim temos:

A questão da soberania é constituída justamente no cruzamento desses confrontos políticos, que se dão entre: 1) o império e o papado; 2) o império e os poderes estatais nascentes; 3) o papado e esses poderes estatais; 4) estes poderes e a nobreza. Também é relevante, naturalmente, o pano de fundo das mudanças econômicas e sociais⁴¹.

É neste período que os territórios europeus não podiam mais aceitar que a disputa entre as principais fontes do poder governamental (sejam os consolidados ou aqueles nascentes) sobrepujasse as necessidades de manutenção da paz e da ordem. Afinal, os povos do continente estavam sendo subjugados por estrangeiros. Nesse cenário, compreendia-se a necessidade de se reconhecer um poder supremo, incontestável, hegemônico, ilimitado e ilimitável capaz de manter a estabilidade dos territórios.

A definição do supracitado poder, contudo, não bastava. Era necessário que o mesmo fosse desenvolvimento sobre pilares aceitos e reconhecidos pelos povos. Assim, o novo Estado se formou a partir de três elementos consubstanciais, essenciais à sua concepção e que se mantinham desde a Era Medieval, quais sejam:

1) o aparecimento de unidades políticas persistentes no tempo e geograficamente estáveis; 2) o desenvolvimento de

⁴¹ Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*, p. 40.

instituições duradouras e impessoais; 3) o surgimento de consenso sobre a necessidade de uma autoridade suprema e a aceitação pelos súditos dessa autoridade como objeto da lealdade básica⁴².

O Estado absolutista surge, portanto, em resposta a diversas discussões teóricas, à conjuntura do período e à busca pela figura que representaria tal poder. Ele possui, na figura dos reis, o papel do soberano como detentor da vontade divina e inconteste, abençoada pelo próprio representante de Deus na terra: o papa. Esta foi a forma eficaz para resolver muitos dos conflitos existentes entre as principais fontes do poder, tendo conceitos como absolutismo e soberania diretamente elencados em sua formação.

A imagem dos senhores feudais possuidores de poder irrestrito e inquestionável sobre suas terras é substituída pela soberania do rei e da benção papal sobre estes governantes. Nasce um Estado com força, definido como “um poder absoluto e perpétuo... que não se limitava a nenhum poder terrestre e adstrito às leis divinas e naturais”⁴³.

⁴² Strayer apud Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*, p. 33.

⁴³ LOCATERI, Cláudia Cínara. *Soberania e integração: possibilidades no âmbito do MERCOSUL*, Net, disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/soberania-e-integra%C3%A7%C3%A3o-possibilidades-no-%C3%A2mbito-do-mercosul>>, acesso 28 nov. 14, p. 02.

A soberania nasce, por sua vez, como um mecanismo para balizar o absolutismo do Estado Moderno, como um poder supremo e irrestrito até mesmo perante ações divinas, justificando as ações do senhor soberano, deixando para trás os conceitos que já não se encaixavam mais àquela conjuntura político-social. Foi importante fenômeno para a implementação do Estado-Nação a partir do século XVI e a solução de parte dos muitos conflitos europeus existentes no século XVII, à exemplo da Guerra dos Trinta Anos. “A soberania significa, assim, um poder ilimitado e ilimitável, que tenderia ao absolutismo, já que ninguém o poderia limitar, nem mesmo ele próprio”⁴⁴.

Jean Bodin aparece como um dos principais teóricos do conceito, no século XVI, sendo ele o primeiro autor a dar um tratamento sistematizado ao termo. Para ele, a soberania está relacionada ao poder perpétuo e ilimitado do governante, tendo como limitação apenas a lei divina e natural. Essa soberania absoluta e incontestada deve ser mantida nas mãos do governante, enquanto guardião de seus súditos e do Estado. Ela decorre da delegação que o povo dá àquele que é reconhecido como seu legítimo e, portanto, soberano, reflexo do poder divino que reconhece a hegemonia e supremacia do príncipe. Jean Bodin é a principal referência do conceito clássico de soberania e costuma ser usado como base para a discussão do termo.

⁴⁴ Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, p. 02.

Hobbes, por sua vez, aponta para uma soberania ainda mais potente ao definir que sua essência estaria na conversão de todos os poderes individuais dos súditos ao reconhecimento do poder soberano. Estes teóricos, junto com Jellinek moldaram os principais pontos da conceituação clássica do termo, que foi reforçada ao longo dos séculos.

O reconhecimento da força do termo veio, sobretudo, a partir de documentos internacionais, à exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em 1789, apresentou um conceito que foi repetido por diversas constituições do globo: unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade⁴⁵.

Não restam dúvidas de sua importância para aquele momento histórico, naqueles espaços territoriais. A necessidade de reconhecer o poderio do Estado e a formação de identidades nacionais foi condição *sine qua non* para moldar, integrar e pacificar internamente as diversas nações do globo. Era um período cujo nacionalismo era indispensável para a formação dos Estados europeus e definição de suas fronteiras, além de necessário para pôr fim a diversas guerras sobre territórios fronteiriços do continente ou colônias fora dele.

A soberania, enquanto conceito, nasceu no meio deste emaranhado, como parte do caminho natural a ser seguido.

⁴⁵ Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, p. 01.

Ela foi um dos pilares do poder estatal moderno, transcrito na essência dele e presente nas diversas constituições do globo. À época de sua criação entendia-se o Estado como um ente de poder irrestrito perante seu território vigente, incontestável e ilimitado, buscando a subordinação absoluta aos poderes nacionais e a impossibilidade de sujeição a qualquer poder de ordem internacional ⁴⁶ (LOCATERI, 2014, p. 02).

Esse conceito, tal como concebido, contudo, já não supre mais a conjuntura dos Estados contemporâneos, das relações entre as Nações e do mundo globalizado, é anacrônico. Apenas teóricos com excessivo nacionalismo compactuam com esse entendimento e contradizem as questões que se apresentam no mundo contemporâneo. É por este motivo que, assim como outrora ocorreu a outros termos, sua conceituação precisa ser imediatamente revisada, sem macular o poder do Estado, mas com vistas a melhor integrá-lo na Sociedade Internacional.

O professor Paulo Napoleão Nogueira da Silva é um dos teóricos que partilham desta compreensão e define:

alguns conceitos tradicionais - dentre eles o de soberania - já parcialmente superados devido à nova realidade universal, devem ser revistos. No caso específico da soberania, ele defende que deve ser agregado um novo elemento, o de sua cessão parcial interna, o qual levará a

⁴⁶ Locateri, Cláudia Cínara. *Soberania e integração: possibilidades no âmbito do MERCOSUL*, p. 02.

um aumento do grau de eficácia da soberania do conjunto de países que integram o grupo, em relação ao restante do mundo... o mercado globalizado tende a fazer com que as necessidades econômicas impulsionem os sistemas políticos a se organizarem em direção a formas globalizadas ou, no mínimo, «em macroformas estatais»⁴⁷.

Ademais, ainda durante o Estado Absolutista, à medida que acordos começaram a ser celebrados, começaram a surgir diversos problemas jurídicos do conceito. O mesmo passou a ser contestado pelos primeiros pensadores internacionalistas, à exemplo de Hugo Grócio, importante jurista do século XVII e considerado um dos fundadores do Direito Internacional.

Dentre as reflexões de Grócio, estava a necessidade dos Estados se subordinarem ao Direito Internacional, a partir da criação do conceito de Sociedade Internacional, com Estados e governantes interligados e sujeitos à leis e costumes, como forma de fundar uma comunidade mundial coesa e dissipar conflitos bélicos entre os povos e nações, limitando a soberania dos Entes⁴⁸.

O conceito de Estado Moderno Absolutista aos poucos vai sendo substituído pelo entendimento de que o Poder Estatal é proveniente de força política e dotado de

⁴⁷ Nogueira apud Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, p. 06.

⁴⁸ Pinho, Bruno de Oliveira. *Direito Natural em Hugo Grotius*, 2013, 157 p., Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 146-148.

personalidade jurídica internacional, embora ainda arraigado do conceito de soberania absoluta. Aos poucos se inicia uma reflexão sobre a potencial igualdade dos Estados soberanos, característica que deveria ser respeitada por todos. Este entendimento, contudo, ainda não dotava as normas internacionais signadas da validade que lhes são devidas, resultando no desrespeito aos acordos e na falta de limitação do poder soberano.

A falta de limitação do Poder da Nação Soberana havia resultado em desastrosos conflitos ao longo do século XX. A percepção de que essa inflexão resultou em guerras, destruições, massacres e a perda de milhões de vida num espaço tão curto de tempo somada a condenação global aos absurdos praticados e resultante das ações bélicas de alguns países, tornaram-se a principal força propulsora da nova tendência teórica sobre os conceitos de Estado e soberania. A partir deste momento se tornou inaceitável que um Estado haja de acordo com seus interesses, desrespeitando os demais, insubordinando-se à Sociedade Internacional e criando suas próprias regras incontestes. Se fez necessário evitar que o mundo mergulhasse em catástrofe semelhante, impulsionando os teóricos a redefinirem ou, pelo menos, questionarem os conceitos até então apresentados.

Surgiu uma nova tendência impulsionada pela ideia de que o Estado não possui uma soberania ilimitada. Alguns chegaram a questionar se seria correto dotar de soberania os Estados diante da conjuntura atual. Como dispõe:

a tendência atual é no sentido de que o Estado não pode tomar qualquer decisão que lhe aprouver, simplesmente levando em consideração os benefícios que lhe trará; atualmente, ao contrário, o Estado soberano parece dever cada vez mais satisfações no que concerne às suas decisões, satisfações estas devidas não só à sua população, mas também a outros Estados soberanos e a órgãos internacionais. O poder de julgar sem ser julgado – que integra o poder soberano – vem diminuindo consideravelmente⁴⁹.

O terreno tornou-se propício para o conceito de soberania relativa, defendido por Hans Kelsen, que “afirmava que a noção tradicional de soberania é incompatível com a supremacia de Direito Internacional e ao estabelecimento de uma ordem dessa natureza no cenário político mundial”⁵⁰. Kelsen é o principal teórico da nova corrente de definição do termo e acreditava na supremacia do Direito Internacional, utilizando suas discussões para defender o monismo internacionalista e redefinir conceitos considerados arcaicos. Kelsen defende:

sistema jurídico (...) é uno, e por isso é impossível aceitar o dualismo, uma vez que, se aceitar a primazia do direito internacional sobre o direito interno, não existe soberania,

⁴⁹ Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, p. 05.

⁵⁰ Locateri, Cláudia Cínara. *Soberania e integração: possibilidades no âmbito do MERCOSUL*, p. 02.

mas, por outro lado, se aceitar o contrário, a soberania existe, mas surgem outros tipos de problema. Um deles consiste no fato de que, se o direito interno é superior ao internacional, cada país só será soberano sob sua ótica e, havendo várias ordens de valores igualmente soberanas, torna-se impossível solucionar os conflitos existentes entre normas de ordenamentos diferentes. Por isso Kelsen defendeu o monismo, ou seja, defendeu que a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional não podem ser separadas, e, em caso de conflito entre normas internas e internacionais, estas últimas devem prevalecer. Nesse sentido, a igualdade entre os Estados se traduz pelo princípio da sua autonomia enquanto sujeitos das relações internacionais⁵¹.

As reflexões de Hans Kelsen em defesa do monismo e da igualdade entre nações, reconhecendo a supremacia do Direito Internacional, resultaram no conceito de soberania relativa. Segundo o entendimento do autor, o Estado só é soberano sobre os indivíduos que compõem a nação, mas perante a Sociedade Internacional ele possui igualdade aos demais Entes e deve se subordinar aos tratados cujo seja signatário. O reconhecimento da supremacia dos tratados confere uma espécie de delegação de soberania dos Estados ao acordo firmado, dando a base para a atual conceituação do princípio da subsidiariedade que prevê que “os Estados

⁵¹ Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, p. 03.

delegam certas competências soberanas a órgãos e instituições supranacionais”⁵², sendo apontado como a principal demonstração da reconceituação do termo.

A supranacionalidade, por sua vez, é um fenômeno decorrente do “modelo avançado de flexibilização da soberania estatal” e “implica a existência de uma espécie de soberania compartilhada”⁵³, que delega poderes a Comunidades Internacionais, através dos tratados assinados por seus entes⁵⁴, considerado os tratados internacionais superiores à normativa interna dos Estados. A evolução deste conceito possibilitou a criação de novas formas de direito, como o comunitário e o da integração. Segundo estas novas formas de relação entre as nações, os Estados soberanos “através de cedência ou transferência de parcelas de soberania” resultam numa nova forma de organização mundial⁵⁵, quais sejam os blocos comunitários e integracionistas, à exemplo da União Europeia. Esta comunidade, por sua vez, utiliza o conceito de soberania relativa adotada pelas constituições dos integrantes da UE e fundada nos princípios da nova ordem mundial. O

⁵² Portela, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*, Salvador, Editora JusPodivm, 2015, p. 1003.

⁵³ Portela, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*, p. 1003.

⁵⁴ Fantinel, Alexandra Ramos. *Organizações Internacionais no contingente intergovernamental e supranacional e a questão da soberania dos Estados*, p. 27.

⁵⁵ Locateri, Cláudia Cínara. *Soberania e integração: possibilidades no âmbito do MERCOSUL*, p. 03.

conceito de soberania relativa, por seu turno, seria incompatível com o modelo do Estado Absolutista Moderno e, por isso, pressupõe este novo organograma mundial.

Destarte, a compreensão de que a supranacionalidade fere a soberania passa a ser considerada inconcebível a partir do surgimento do conceito de soberania relativa, uma vez que as constituições que a adotam, na verdade, apenas cedem competências materiais a organismos e instituições internacionais, sobrepujando a rigidez do termo que cambia o individualismo nacional pela comunidade internacional, mantendo o poder e a soberania emanados do povo de cada Estado. É o que define Pizzolo:

La soberanía se manifiesta hoy, fuera de su concepción teórico-política, en un conjunto de competencias o atributos que de manera exclusiva radica en el pueblo de cada Estado. Pero dicha exclusividad no implica exclusividad en cuanto a la titularidad de la competencia... los órganos estatales... pueden incluso atribuir el ejercicio mismo de sus competencias a órganos internacionales. Con ello no afectan la soberanía de un Estado, pues la misma permanece, en cuanto a su titularidad, de forma exclusiva en el pueblo... el derecho supranacional es fruto de competencias atribuidas⁵⁶.

⁵⁶ Pizzolo, Calogero. *La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos*, p. 371.

A descrição definida acima sobre como se manifesta a teoria condiz com a relatividade do conceito e é orientada pelos doutrinadores que carregam uma visão jovial e contemporânea do termo. Afastados da definição anacrônica da soberania absoluta, entendem, a partir da teoria da soberania relativa de Kelsen que não há perda ou mácula a soberania estatal, uma vez que é o próprio Estado que define os tratados que irá assinar. É algo que pode ser identificado na Constituição da Nação Argentina, como será discutido no próximo capítulo.

Supranacionalidade e Soberania na Constituição Argentina

A Constituição da Nação Argentina, aprovada por meio de assembleia constituinte na cidade de Santa Fé, está em vigor desde 1853 e foi criada com o objetivo de definir as bases da organização do país. Posteriormente, o código passou por diversas reformas condizentes com os processos históricos e políticos vivenciados pela nação.

Ressalte-se a incoerência de autores ao declararem o número de reformas ocorridas na CNA, são muitos os que declaram que a CNA passou por cinco reformas: 1869⁵⁷,

⁵⁷ A reforma de 1869 se deu para incorporar o Estado de Buenos Aires, por meio do Pacto Unión San José de Flores.

1866⁵⁸, 1898⁵⁹, 1957⁶⁰ e 1994. Outros incluem reformas em 1949⁶¹ e 1956⁶². E existem ainda os que trabalhos que consideram que os Estatutos de 1966, 1973 e 1976 podem ser consideradas alterações dignas de serem inclusas no rol de reformas constitucionais⁶³.

⁵⁸ Em 1866, as alterações nacionalizaram impostos de importação e exportação para suprir o dispendioso conflito que o país enfrenta na frente formada com Brasil e Uruguai contra o Paraguai.

⁵⁹ Em 1898, o fito da reforma foi uma alteração institucional da nação para melhor atender às necessidades do período.

⁶⁰ A dissidência política de líderes que não aceitavam a política peronista e seu líder, então presidente do país, resultou num golpe de Estado e conseqüente Ditadura Militar. A Reforma de 1957, já tentada em 1956 e desconsiderada historicamente, retirou do texto da CNA as alterações incorporadas pelo regime peronista (reforma de 1949), reconhecendo apenas o texto original de 1853 com as reformas de 1869, 1866 e 1898. Além disso, incluiu novas alterações condizentes com o regime vivenciado no país.

⁶¹ Em 1949, com a necessidade de incorporação de direitos sociais e implementação de novas funções do Estado, acompanhando a tendência mundial que se vivenciava, diversos dispositivos e alterações foram incorporados ao texto constitucional. Considerada como a Constituição social argentina, ela está diretamente ligada às mudanças políticas de cunho interno, mas também ao fenômeno experimentado pelos diversos países latino-americanos compostos por governos populistas que sancionaram códigos com tal teor, como Brasil (1937/ Constituição do Estado Novo), Bolívia (1938), México (1938) e Cuba (1940). A nova redação da CNA incorporou direitos dos trabalhadores, família, idosos, educação e cultura, a proteção estatal da ciência e da arte, ensino básico obrigatório e gratuito, igualdade entre homens e mulheres, autonomia universitária, função social da propriedade, voto direto para deputados, senadores e presidente e a polêmica ilimitada reeleição presidencial que identificou o período presidencial do líder do movimento peronista e responsável pelas alterações, Juan Domingo Perón, como uma ditadura populista. Todos os seus dispositivos foram revogados pela alteração ocorrida, em 1957, durante o regime militar.

⁶² As alterações de 1956 foram as mesmas de 1957, contudo a primeira não passou pela Assembleia Constituinte e foi considerada inválida.

⁶³ Estes estatutos foram normativas temporadas colocadas acima da Constituição. Um deles foi conseqüência de um dos processos de redemocratização do país, enquanto os demais foram estabelecidos por regimes militares ditatoriais.

De toda forma, após os períodos ditatoriais – que ocasionaram reformas constitucionais – e a consequente redemocratização do país, não houveram mais alterações na CNA, até o ano de 1994, quando o governo nacional percebeu a necessidade de revisão do código, mas, sobretudo, do fortalecimento de uma constituição que não seria derrocada por novos golpes, garantindo uma maior segurança jurídica a nação.

A reforma de 1994 é a primeira, em um século de história argentina, que não foi motivada por questões políticas ou alterações de governo. Ela é, de fato, o resultado do fortalecimento e evolução da democracia nacional e da necessidade interna e externa de estabelecer parâmetros e ajustar alterações necessárias a conjuntura do país, mas sem ser resultado de golpes ou ditaduras. É um marco na história constitucional argentina e desempenha um papel importante no presente escrito, uma vez que dentre suas motivações mais significativas está a implementação de regras de Direito Internacional, da Integração e melhor qualificação dos tratados em matéria de Direitos Humanos. A nova redação constitucional é, pois, o espelho de uma Argentina que amadureceu internamente e se fortaleceu enquanto Estado e nação, com estabilidade política e segurança para dar mais atenção às questões externas, após resistir a novas tentativas de golpe. Assinou o Tratado do Uruguai, integrando o Mercosul, em 1991, e passou a dar mais atenção e importância aos acordos e assuntos de

ordem externa, percebeu a necessidade de adequar-se melhor às questões internacionais e mediante isto identificou alterações constitucionais necessárias. Segundo dispõe Joseane Pedroso:

A Comissão de Integração e Tratados Internacionais justificou perante a Convenção Nacional Constituinte Argentina a necessidade de reforma constitucional, afirmando que a constituição histórica de 1853 apresentava uma lacuna jurídica sobre o tema da integração, sendo imprescindível a revisão do texto para dar primazia ao direito da integração sobre as leis e também para habilitar a cessão de faculdades legislativas, administrativas e judiciárias aos órgãos que se criem ⁶⁴.

Assim, as alterações ocorridas na última reforma são o resultado das novas necessidades do país, que colocam a Argentina como uma das duas únicas nações do Mercosul⁶⁵ a possuírem legislação adequada às relações internacionais. Além disso, tomou o cuidado de “aplicar retroativamente o novo regime jurídico ao Mercosul, como uma forma de convalidação do processo integrativo já que na atualidade o

⁶⁴ Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, 2007, 85 f., Dissertação de Mestrado – Curso de Mestrado em Integração Latino-Americana, UFSM, Santa Maria, 2007, p. 35.

⁶⁵ Dentre os cinco países que integram o Mercosul – Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Brasil – apenas os dois primeiros citados possuem legislação específica para normatizar o Direito Internacional, com características de Direito Integracionista.

Mercosul não encontra no ordenamento legal a segurança jurídica necessária para sua consolidação”⁶⁶.

Embora os termos necessitem de reflexão e amadurecimento, como será apontado abaixo, esta característica é um avanço frente as nações latino-americanas, uma vez que muitas ainda passam por diversos problemas internos – como ditaduras, nacionalismo exacerbado, entre outros – que dificultam até mesmo pensar o direito externo ao ponto de estabelecer regras.

Deve ser lembrado que a independência dos países latino-americanos só começou no início no século XVIII, dando-se gradativamente e levando a diversos problemas de cunho interno que refletiram até, pelo menos, meados do século XX. Além disso, muitos países só começaram processos de (re)democratização entre as décadas de 1970-80, pois até então estavam envoltos em ditaduras nacionalistas, populistas e/ou militares, reflexo de questões internas intrínsecas a cada nação e dos ânimos que o mundo ocidental mergulhara em meados do século passado.

A ditadura militar Argentina, que começou a ser moldada no fim da década de 1950 e se estabeleceu efetivamente em 1966, mantendo-se até 1973, sendo reestabelecida em 1976 e só se dissipando em definitivo no ano de 1983 foi considerada como uma das mais violentas ditaduras latino-

⁶⁶ Perotti apud Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, 2007, 85 f., Dissertação de Mestrado – Curso de Mestrado em Integração Latino-Americana, UFSM, Santa Maria, 2007, p. 35.

americanas e é o melhor exemplo do período vivenciado no continente.

É devido a questões como essa que a “Constituição Argentina, se comparada com as demais Constituições dos países do Mercosul, constitui um texto de grande abertura ao direito internacional e as questões vinculadas às relações internacionais”⁶⁷. A “Constitución” é, pois, para o “Derecho Internacional” um grande avanço. Ademais, o código não apenas representa um significativo progresso para os países do continente mas merece destaque por ser considerado como o mais aberto dentre os países integrantes do Mercosul.

A Argentina, pois, desponta como o grande precursor do Direito Internacional e do Direito Integracionista ao estabelecer normas e definir em sua Lex Magna as regras que serão adotadas, através de uma reforma constitucional que buscava justamente atender a tais necessidades. Aliás, em seu texto, a CNA não apenas define os termos do processo de internalização dos tratados assinados como ainda aponta as diferenças de tratamento a serem dadas aos mesmos em acordo com a tipologia dos acordos, definindo os passos a serem seguidos em consonância com suas características peculiares.

É no artigo 75, cujo descreve a competência do Congresso Nacional, mais precisamente nos incisos 22 e 24, que se

⁶⁷ Perotti apud Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, p. 11.

veem determinados os processos de internalização e o tratamento dado aos mesmos. No primeiro dispositivo, a CNA dispõe sobre os acordos em matéria de Direitos Humanos, apresentando a forma cujo devem ser aprovados e a hierarquia frente às normas domésticas:

Art. 75.

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 la 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse

complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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 constitucional⁶⁸.

O dispositivo supracitado dá competência constitucional ao congresso para aprovar os tratados de Direitos Humanos (DH) que serão dotados de supremacia perante às leis internas. Além disso, enumera os diversos tratados anteriores a reforma de 1994, reconhecendo de imediato tal característica para os mesmos. Por fim, define o quórum qualitativo para reconhecimento dos tratados que seriam assinados a partir daquele momento.

Considerando que esta normativa trata apenas das convenções de DH, duas questões devem ser apontadas de imediato nela. A primeira diz respeito a necessidade dos acordos serem submetidos a processo de internalização para que passem a ter vigência perante a nação, necessitando de aprovação qualitativa por dois terços da

⁶⁸ Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*, 1994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015.

câmara nacional. Só a partir daí os mesmos passam a integrar o sistema jurídico argentino em qualidade normativa especial.

O segundo ponto refere-se ao reconhecimento da superioridade dos acordos em matéria de Direitos Humanos perante às leis internas, equiparando-os às normas constitucionais a partir da aprovação pelo congresso, nos ditames do supracitado dispositivo. Em especial, deve ser destacada a lista de acordos que o novo código portenho dotou de aprovação automática, ao incorporá-los diretamente no texto constitucional, em dispositivo que aponta sua especialidade⁶⁹.

Ressalte-se que, quando da incorporação do art. 75, inc. 22, à lex magna, muito se debateu sobre em que preceitos tais questões se dariam. Ademais do entendimento de que tais tratados deveriam permear de forma especial na legislação argentina, compreendendo sua importância e a necessidade de integrá-los de forma especial, termos como “no derogan” estiveram no centro de discussões doutrinárias que não conseguiam encontrar passividade de interpretação normativa. Para María Angélica Gelli:

La primera cuestión generada y resuelta acerca de la interpretación del art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina, giró en torno al sentido de la expresión sobre

⁶⁹ GELLI, María Angélica. “Cooperación, Conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, em *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, p. 416.

que los tratados de derechos humanos no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución Nacional. Dos interpretaciones posibles fueron consideradas en el seno de la Corte Suprema. La que finalmente resultó mayoritaria entendió que «no derogan» significa que los tratados de derechos humanos «no se han derogado» ningún artículo de la Constitución Nacional, porque los convencionales constituyentes, al otorgarles jerarquía constitucional, realizaron el examen de compatibilidad entre las convenciones y la Ley Suprema. En consecuencia, correspondía en última instancia a la Corte Suprema la armonización de los derechos emanados de ambas fuentes, la internacional y la local, en los conflictos concretos que se presentaran. La otra interpretación posible que «no derogan» significaba que «no debían derogar» pero que en los hechos podían hacerlo, en cuyo caso debía prevalecer como fuente primaria la Constitución Nacional. La primera interpretación (...) se ha consolidado en la doctrina de la Corte Suprema de la República Argentina y parece firme en la actual composición del Tribunal (...)»⁷⁰.

Embora ainda exista um percentual doutrinário e jurisprudencial, incluso aí membros da Suprema Corte Argentina, que defendem o segundo posicionamento apresentado pela autora, a maioria interpreta segundo o

⁷⁰ Gelli, María Angélica. *Cooperación, Conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional*, pp. 418-419.

primeiro entendimento, tendo sido este o posicionamento adotado nos tribunais. Neste mesmo sentido, pontua Pablo Luis Manili:

(...) la frase “no derogan artículo de la primera parte” contenida en el art. 75, inciso 22 indica “que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”⁷¹.

Manili traz, no trecho acima, o posicionamento majoritário adotado para interpretar o termo “no derogan” presente na carta magna. A corrente majoritária entende que o termo está presente, como também dispôs Gelli, pelo fato de que o constituinte, ao estudar os tratados, os artigos constitucionais preexistentes e os ali reformados percebeu que não haviam dissidências ou incongruências que pudessem levar a uma derrogação normativa necessária.

A expressão acima, contudo, não foi o único ponto de dissidência do texto reformado de 1994. Outra questão fortemente debatida foi a interpretação da vigência normativa dos tratados apontados neste dispositivo, como se vê:

⁷¹ Manili, Pablo Luis. “La Recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, em *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, p. 498.

La segunda duda interpretativa que plantea el art. 75, inc. 22 se suscitó acerca del significado de la expresión «condiciones de vigencia» de los tratados internacionales, bajo las cuales éstos adquirieron jerarquía constitucional (...) “las condiciones de vigencia” de las convenciones significa el modo en que los tratados rigen en el orden internacional (...) para desentrañar la «vigencia internacional» de los tratados a través de la «jurisprudencia internacional» (...) La Corte Suprema de la Nación, desde que dictó sentencia en el precedente en Ekmekdjian c/Sofovich (1992) hasta Mazzeo (2007), fue desarrollando un mayor compromiso en la aplicación directa de la jurisprudencia internacional en los conflictos que debía resolver (...) En Ekmekdjian c/Sofovich, la Corte argentina sostuvo que la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana debía servir como guía de interpretación de los tribunales, en el orden interno. (...) De todas maneras, el deber de los tribunales argentinos de tener en cuenta el tratado y la interpretación que del tratado efectúe la Corte Interamericana ha sido entendida como la obligación de considerar, de examinar esa interpretación con flexibilidad para aplicarla o no según sea el tenor del conflicto suscitado en el orden interno y los hechos específicos del caso.⁷²

⁷² Gelli, María Angélica. *Cooperación, Conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional*, pp. 419-421.

Na discordância da possibilidade de vigência dos tratados em questão, a solução foi resolvida incluindo casos antecedentes à própria reforma que incluiu o texto do art. 75, inc. 22, como é o caso de Ekmekdjian c/Sofovich (1992), onde a Corte Suprema entendeu que os tribunais argentinos poderiam fazer uso da jurisprudência internacional das cortes que o país reconhecia, mais especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos que é a única cujo país reconhece, como dispõe Manili:

[a interpretação da Corte] *nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, a pesar de los términos generales usados pela Corte Suprema, el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país es éste.*⁷³

Assim, é possível perceber que a Constituição Argentina, em consonância com a jurisprudência e doutrina do país, entende que os acordos de Direitos Humanos assinados pela nação, sejam eles integrantes do texto constitucional ou equiparados por força do art. 75, inc. 22, da CNA têm força de norma constitucional e devem ser harmonizados com a legislação interna. Quando houver conflito entre a carta magna e os tratados, serão considerados o caso em

⁷³ Manili, Pablo Luis. *La Recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, p. 499.

específico, as jurisprudências interna e externa e, por fim, a aplicabilidade sem desconsiderar o exposto na *Constitución*.

A Constituição Argentina continua tendo supremacia frente aos tratados internacionais, mesmo aqueles que tratem de Direitos Humanos, mas a equiparação constitucional e o conceito de harmonização normativa buscam evitar ao máximo a inaplicabilidade dos acordos signados, mantendo uma maior segurança jurídica sobre as convenções firmadas por este país em tal matéria. Para Manili:

*La Constitución argentina, además, combina varios de los sistemas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos que regían en otros países latinoamericanos, y al mismo tiempo innova al otorgar expresa jerarquía constitucional a once instrumentos expresamente mencionados en el texto de la carta magna. Asimismo, deja la posibilidad al legislador ordinario de agregar nuevos tratados a la lista de instrumentos internacionales que gozan de la máxima jerarquía o de eliminar alguno de ellos del sistema jurídico argentino.*⁷⁴

Para o autor, que debate em seu texto sobre diversas constituições latino-americanas, a Constituição Argentina é, claramente, uma das mais avançadas e, em consonância com o entendimento da Suprema Corte, dispensa um

⁷⁴ Manili, Pablo Luis. *La Recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, p. 505.

tratamento superior aos tratados de Direitos Humanos, trazendo para seus tribunais a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o mesmo peso da jurisprudência doméstica. Ademais, a equiparação dos acordos de tal matéria aos dispositivos constitucionais e a tentativa promover uma harmonização entre os dispositivos internacionais e argentinos deve ser entendido como um avanço claro do Direito Internacional.

Discutido o inciso 22, do artigo 75 da *Constitución de la Nación Argentina*, e considerada toda a importância dada aos tratados de Direitos Humanos, deve ser destacado o outro trecho constitucional referente a tratados internacionais, qual seja o inciso 24 do supramencionado artigo. Neste dispositivo está prevista a possibilidade de adoção do Direito Integracionista de forma supranacional, reconhecendo mesmo a expectativa de delegar competências a organismos a serem reconhecidos como superiores, como se vê:

a revisão constitucional de 1994 dotou a Argentina de instrumental suficiente para legitimar e promover a integração, na medida em que, além de se referir à supranacionalidade (valendo-se do termo «*supraestatalidad*» – art. 75, inc.24), prevê a possibilidade de delegação de competências e jurisdição a entidades

internacionais com tal característica, muito embora conferindo-as sob o signo da reciprocidade e igualdade.⁷⁵

O texto constitucional argentino ao adotar o Direito Integracionista vai além de reconhecer as características deste fenômeno e pressupõe a possibilidade de adoção de sistemas supranacionais, desde que aprovados pelo congresso conforme a previsão legal. É um significativo avanço para Constituições dos países do Mercosul, mas sobretudo, um significativo progresso para os países latino americanos que possuem um histórico social político similar ao vivenciado pelos portenhos.

A Argentina, em apenas dez anos, saiu de um regime restrito nacionalista ditatorial para ingressar numa democracia integracionista, aberta a supranacionalidade em benefício da própria nação. Junto com o Paraguai, se destaca como um dos poucos países fora da Europa a reconhecer a primazia do Direito Internacional, como dispõe Eduardo Biacchi Gomes:

O ordenamento constitucional do Estado argentino, a exemplo do paraguaio, adota o princípio do primado do Direito Internacional sobre o nacional, conforme disposição expressa do artigo 75, incisos 22 e 24. E traz uma interessante forma de harmonização das normas

⁷⁵ Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, pp. 35-36.

internacionais com as leis nacionais, conferindo-lhes supremacia sobre o ordenamento jurídico nacional.⁷⁶

Ressalte-se, em complemento ao mencionado pelo autor acima, que a harmonização da legislação nacional com a externa se dá em moldes semelhantes ao caso dos Direitos Humanos. O que se busca é a tentativa de confluir as normas vigentes no país, independe de suas fontes serem normas constitucionais, leis ordinárias ou ainda acordos firmados. Contudo, existem diferenças entre os tratamentos a serem dados as convenções previstas nos incisos 22 e 24.

O primeiro deles é que a Constituição não reconhece equiparação constitucional aos demais tratados que não se encaixem na previsão do art. 75, inc. 22. Os tratados previstos no inciso 24 integram o sistema nacional como superiores às leis, contudo, no patamar hierárquico inferior à CNA. O quórum de aprovação também é diferente, tendo um tratamento específico para aqueles que forem firmados com países latino-americanos ou de exteriores ao continente. Além disso, apesar do conceito de harmonização adotado, os conflitos existentes terão, sem discussão, a consideração de primazia da Constituição Nacional.

⁷⁶ Gomes, Eduardo Biacchi. "A Adoção do Instituto da Supranacionalidade no Mercosul" em *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 35, pp. 277-285. Semestral, disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1822/1518> >, acesso 28 nov. 14, p. 07.

Estes pontos não deixam de colocar o texto argentino como um dos mais avançados não apenas na América Latina ao se discutir a relação entre Direito Interno e Externo. Isto porquê, como já mencionado, diferente de muitos países da região, ela elucida e dispõe expressamente o tratamento a ser dado ao DI e o posicionamento hierárquico normativo. Além disso, adota o conceito de harmonização legislativa e prevê a possibilidade de adoção da supraestatalidad nos acordos integracionistas latino-americanos.

A *Constitución*, pois, é categórica ao afirmar os termos em que esta supranacionalidade ou o regime integracionista se darão e estabelece regras para a aceitação dos termos que compõem esse fenômeno através de dois princípios: reciprocidade e igualdade. Como define Deisy Ventura:

Há referência a *supraestatalidad*, certamente uma expressão análoga à supranacionalidade. Não parece possível interpretação que refute a admissão, pela ordem Argentina, de um direito supranacional. Entretanto, é preciso destacar a obrigatoriedade da observância de dois princípios impostos pela constituição: *reciprocidade e igualdad*. Parece seguro afirmar que se trata de uma salvaguarda de soberania, pois pela reciprocidade se condiciona a *delegação de competências e jurisdição* à atitude idêntica por parte dos demais membros da organização em tela. Por outro lado, via exigência da

igualdade, pressupõe-se um sistema equânime de tomada de decisões.⁷⁷

É interessante o destaque de Ventura à relação entre os princípios adotados e a soberania, pois, como visto neste trabalho, é ela que se posiciona como um dos maiores empecilhos para que os países do globo adotem a supranacionalidade. O texto argentino destaca a adoção da supranacionalidade, mas também limita a delegação de competências à organismos compostos por Entes que estejam ali em regime de igualdade e com total reciprocidade de direitos e deveres.

A igualdade de nações é o pressuposto inicial para a consolidação da supranacionalidade. Reconhecer que os Estados são iguais e devem adotar, defender e impor as regras estabelecidas entre os mesmos através de acordos assinados, sejam para adoção do Direito Supranacional ou com vias ao Integracionismo é um passo significativo para o Direito Internacional. O texto constitucional argentino não apenas deixa claro a adoção do mesmo mas destaca a delegação condicionada de soberania aos ditames dos princípios que regem a supranacionalidade. Veja-se:

Art. 75.

24. Aprobar tratados de integracion que deleguen competencias y jurisdiccion a organizaciones

⁷⁷ Apud Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, p. 36.

supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.⁷⁸

Para Lenice S. Moreira Raymundo ⁷⁹, a Constituição Argentina apresenta um texto moderno e avançado, é equiparável, inclusive, aos dos países europeus componentes da União Europeia que descrevem em suas legislações o modelo comunitário de Direito. Para ela:

⁷⁸ Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*.

⁷⁹ Raymundo, Lenice S. Moreira. "Supranacionalidade e Intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração na União Europeia e no Mercosul", em *Revista da FARN*, Natal, n.2, pp. 149 -174, jan./jul. 2003.

Constata-se a proximidade existente entre os modelos argentino e europeu: um tratado inicial que delega prerrogativas de soberania para estruturas institucionais comunitárias, o qual, em geral, é recepcionado conforme o modelo clássico do Direito Interno Público. No entanto, as normas ditadas pela esfera comunitária são auto-aplicáveis no âmbito interno e têm supremacia sobre as normas ordinárias internas dos Estados partícipes da comunidade.⁸⁰

A autora entende que o direito argentino delega soberania a instituições comunitárias e dota de supremacia as normas advindas de tratados internacionais. O principal efeito é a possibilidade do afastamento do poder decisório do parlamento argentino para os órgãos da estrutura comunitária, como se vê:

Uma vez feita a delegação de determinada matéria nos termos do art.75, n.º 24, essa não mais é conhecida pelo parlamento argentino: torna-se parte integrante da competência de estrutura comunitária. Os órgãos comunitários passam a ter poder decisório pleno sobre o objeto da delegação.⁸¹

⁸⁰ Raymundo, Lenice S. Moreira. *Supranacionalidade e Intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração na União Européia e no Mercosul*, p. 167.

⁸¹ Raymundo, Lenice S. Moreira. *Supranacionalidade e Intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração na União Européia e no Mercosul*, p. 167.

Essa possibilidade de delegar o poder decisório a um tribunal externo é o que prospecta o reconhecimento do almejado Tribunal de Justiça do Mercosul. A criação deste tribunal já esteve em discussão nas diversas reuniões da cúpula do grupo, nos últimos anos. Ela seria um substituto valioso ao sistema de solução de controvérsias adotado atualmente. Contudo, até o momento, ainda não obteve qualquer efeito prático.

A Constituição Argentina, por sua vez, três anos após a fundação do bloco, ao realizar reformas com vistas à melhor adequação do Direito Internacional, atendendo a sua própria necessidade interna, também se antecipou aos demais membros do Mercosul, no momento em que adicionou no seu texto tal perspectiva. Para Pedroso:

a reforma de 1994 antecipa a permissão para a criação, no futuro, de um Tribunal de Justiça para o Mercosul, em substituição ao atual sistema de solução de controvérsias, assegurando-se, assim, a uniformidade na interpretação e aplicação do direito comunitário.⁸²

Outro destaque deste dispositivo é a diferenciação do tratamento a ser dado aos acordos firmados com países latino-americanos e de outras regiões. A *Constitución* propõe dois ritos distintos, facilitando os acordos regionais,

⁸² Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, p. 38.

com vistas a melhor integração com os demais países do continente. Assim:

O mesmo inciso propõe uma fórmula facilitadora à integração com países da América Latina, ao estabelecer um rito legislativo menos rigoroso à aprovação de tratados regionais ou sub-regionais que incidam em cessão de poderes à ordem supranacional, enquanto torna mais difícil a apreciação de tratados integracionistas com terceiros países, ao impor-lhes duplo turno de votação nas duas Câmaras ⁸³

O artigo 75, inciso 24, da CNA, não impossibilita integração com países terceiros, contudo, deixa claro que o interesse maior se debruça ao seio regional e, por isto, facilita o rito e a supranacionalidade para os países vizinhos. Embora seja necessária a aprovação por maioria absoluta de todos membros das câmaras, o rito para os países latino-americanos dispensa o espaço temporal de cento e vinte dias após ato declarativo e a declaração de conveniência por maioria absoluta dos presentes no Congresso Nacional quando desta avaliação, tornando o rito para as nações regionais mais simples e célere.

Um último ponto a ser destacado neste dispositivo é que, embora haja o reconhecimento da supranacionalidade de potenciais normas integracionistas e delegação de

⁸³ D'angelis apud Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, p. 37.

soberania, incluso até mesmo o reconhecimento de um tribunal supraestatal, as normas constitucionais continuam se destacando como dotadas de primazia sobre as externas. Característica que não invalida o avanço constitucional argentino, uma vez que para além desta questão, a adequação normativa harmoniosa é o conceito adotado pela interpretação jurisprudencial e doutrinária, incluso aqui o posicionamento da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN).

Conclusão

A atual conjuntura mundial aponta para a necessidade de se aprofundar as discussões e soluções dos distintos temas de problematização jurídica entre Direito Interno e Externo. A relação entre Direito Nacional e Internacional, ligada a solução dos conflitos entre ambos e as novas formas de integração mundial dos entes internacionais apontam para a necessidade da adoção de um conceito relativo de soberania, compatível com a nova ordem internacional e os preceitos da supranacionalidade, conceito que se contrapõe ao nacionalismo exacerbado e que foi amplamente difundido após o fim dos conflitos da primeira metade do século XX, a partir do pensamento de teóricos como Hans Kelsen.

A teoria de Kelsen veio contrapor-se ao conceito da soberania absoluta do Estado, descendente da Idade Moderna que via o Estado como soberano absoluto

possuidor de um poder supremo e irrestrito, impossível de sujeitar-se a qualquer poder externo. Considerado incompatível com o mundo globalizado, onde as relações entre os entes internacionais cada vez mais se aproximam entre si, este pensamento começou a perder forças, cedendo à nova conceituação do termo e resultando em novos sistemas jurídicos à exemplo da Comunidade Europeia e dos blocos de integração regional e/ou cooperação mútua, como MERCOSUL, UNASUL, CAN, Comunidade das Nações e Liga de Estados Árabes.

Ao analisar a Constituição Argentina é possível perceber que o código desta nação, em seu artigo 75, incisos 22 e 24, define claramente o tratamento a ser dado aos acordos internacionais, deixando pouca vazão a discussões ou interpretação normativa. Aliás, muitas delas já são consideradas pacificadas pela Suprema Corte do país ao longo dos doze anos de vigência dos novos dispositivos.

Os tratados de Direitos Humanos ingressam na legislação doméstica dotados de força constitucional após aprovação em acordo com o disposto no texto da CNA. O próprio código lista alguns dos tratados desta matéria que já receberam aprovação e status constitucional automáticos quando da reforma de 1994. Os demais tratados se posicionam hierarquicamente entre a Constituição e as demais leis nacionais e possuem aprovação diferenciada para os países latino-americanos, podendo ser dotados de supranacionalidade desde que respeitados os princípios

exigidos. Ressalte-se que esta supranacionalidade possui condições especiais, uma vez que a Argentina delega um pouco de sua soberania por meio da harmonização de normas internas e externas, mas não deixa de adotar a supremacia constitucional em caso de conflitos impossíveis de se resolver por tal caminho.

A CSJN, por sua vez, possui uma interpretação mais extensiva dos conceitos apresentados na Constituição portenha e já definiu que jurisprudências de tribunais reconhecidos pela normativa argentina possam ser utilizados nos julgados internos. Esse posicionamento da corte condiz com o princípio da harmonização jurídica presente na legislação e na CNA.

O que se pode concluir é que os tratados que versam sobre Direitos Humanos têm maior facilidade de aceitação como normativas superiores, embora a CNA ceda apenas características constitucionais a eles. A Argentina adota o conceito de soberania relativa com delegação da mesma mediante igualdade e reciprocidade dos signatários do acordo, chegando a incluir no texto constitucional o termo *supraestatales* para definir acordos de integração. A CSJN, por sua vez, adota uma interpretação extensiva. Isto, somado ao conceito de harmonização normativa, chegando a aceitar jurisprudência externa em seus tribunais coloca a Constituição Argentina como pioneira da matéria frente aos demais países do Mercosul.

Referências Bibliográficas

Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*, 1994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015.

Costa, Neira Nivea Lima. *Relações do Direito Internacional com o Direito Interno. Teorias clássicas e concepção de transnormatividade e soft law*, 2010, 25 f., Monografia (Pós-Graduação) - Curso de Pós Graduação em Direito Internacional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

de Abreu, Pedro Vitor Serodio. As consequências do Brexit após mais de três anos: desafios e polarização no cenário britânico, Net, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/105287/as-consequencias-do-brexit-apos-mais-de-tres-anos-desafios-e-polarizacao-no-cenario-britanico>, acessado em 25 jul. 2023.

Fantinel, Alexandra Ramos. “Organizações Internacionais no contingente intergovernamental e supranacional e a questão da soberania dos Estados”, em *Anais do 7º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba, Juruá, 2009, pp. 19 - 30.

Franco Filho, Georgenor de Sousa. “Os Tratados Internacionais e a Constituição de 1988” em *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Manaus, nº 1, junho de 2005.

Gelli María Angélica. “Cooperación, Conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, em *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 413-424.

Gomes, Eduardo Biacchi. “A Adoção do Instituto da Supranacionalidade no Mercosul” em *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 35, pp. 277-285. Semestral, disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1822/1518>>, acesso 28 nov. 14.

Hobsbawm, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*, São Paulo, Humanitas, FFLCH, USP, 2002.

Locateri, Cláudia Cínara. *Soberania e integração: possibilidades no âmbito do MERCOSUL*, Net, disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/soberania-e-integra%C3%A7%C3%A3o-possibilidades-no-%C3%A2mbito-do-mercosul>>, acesso 28 nov. 14.

Manili, Pablo Luis. “La Recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, em *Internalización*

del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional, Buenos Aires: Eudeba, 2012, pp. 473-506.

Marinho, Glécia Morgana da Silva, *Tratados no Brasil e a Possibilidade de Adoção da Supranacionalidade na CRFB/88*, 2014, 56 f., Monografia (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014.

Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MERCOSUL. *Decisão sobre a suspensão da Venezuela no MERCOSUL*, Net, disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercosul/>>, acesso em 25 jul. 2023.

Molina, Federico Rivas. “Mercosul suspende Venezuela e aumenta a pressão sobre Nicolás Maduro”, em *El País*, Net, Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/02/internacional/1480699979_812056.html>, acesso em: 25 jul. 2023.

Pedroso, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. *Mercosul e Supranacionalidade: um estudo à luz das Constituições*, 2007, 85 f., Dissertação de Mestrado –

Curso de Mestrado em Integração Latino-Americana, UFSM, Santa Maria, 2007.

Perini, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*, Net, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>>, acesso em: 23 mai. 2016.

Pinho, Bruno de Oliveira. *Direito Natural em Hugo Grotius*, 2013, 157 p., Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Pizzolo, Calogero. “La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, em *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, pp. 365-382.

Portela, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*, Salvador, Editora JusPodivm, 2015.

Raymundo, Lenice S. Moreira. “Supranacionalidade e Intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração

na União Européia e no Mercosul”, em *Revista da FARN*, Natal, n.2, pp. 149 -174, jan./jul. 2003.

Reale, Miguel. “Parte II: Estado e Soberania”, em *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 125-215.

Souza, Andréa Lyrio Ribeiro de. “Rumo ao Direito Supranacional: Princípios Jus Congens de Direito Internacional como Gramática Comum da Humanidade”, em *Anais do 7º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 89 - 100.

Capítulo III

El bien común, como garantías de la constitución ecuatoriana

Introducción.

El bien común es un concepto que en general se define como aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos o como los sistemas sociales, institucionales y medio socio económicos de los cuales todos dependemos que funcionen de manera que beneficien a toda la gente dentro de una sociedad.

“La elevación al bien común es despojarse del egoísmo individual y cooperar por el bien de todos”⁸⁴

Para la filosofía, los bienes comunes se comparten hacia los integrantes de una sociedad, quienes buscan estrictamente el beneficio colectivo. El bien común no solo trata de una persona o de un grupo de personas dentro de una comunidad, sino, trata de un todo, de salir adelante por medio de la siembra de buenos valores, para poder convivir y hallar un bienestar colectivo.

⁸⁴ MILLÁN PUELLES, ANTONIO, El valor de la Libertad, Madrid, Rialp, 1995, p. 181 - 243

El bien común es también un fin del derecho, que se complementa con la seguridad jurídica y la justicia. Esto es practicado por el Estado, como un órgano rector, que protege y trata de encontrar el bien común para todo su pueblo, por medio de beneficios. El Estado por parte del bien común, garantiza la libertad, la justicia y la paz y el reparto equitativo de todo lo que se produce dentro de él.

Existen varios conceptos sobre el bien común, si empezamos cronológicamente, Platón y Aristóteles serían los primeros en darle una definición a esta palabra; y también, serían los primeros en promoverla dentro de la política de un Estado y las formas de gobierno.

“La libertad es un bien común, y mientras no participen todos en ella, no serán libres lo que se crean tales.” (Miguel de Unamuno)

Aristóteles propone un método para el estudio de un tema importante: “dividir lo compuesto hasta sus elementos simples (pues estos son las partes mínimas de todo), así considerando los elementos que forman el todo, se ve mejor

en que difieren entre sí las cosas dichas, y si cabe obtener algún resultado científico”⁸⁵

El bien común.

“En sentido vulgar, bien común significa bien “de varios”, de “muchos”, por lo menos de dos; esta realidad existe en toda agrupación humana, hasta en la pequeña sociedad familiar. Por eso, aunque la expresión “bien común” se emplea principalmente a nivel de Nación o Estado, puede ser aplicada, y lo es efectivamente, a cualquier sociedad, vgr. La familia, el municipio, la empresa o la comunidad internacional.”

También, se puede definir al bien común como el bien que tiene una comunidad para poder mantenerse como tal, por medio de la búsqueda del bienestar colectivo; en el cual, todos los individuos pertenecientes a una sociedad deben de conocer sus obligaciones y derechos para poder convivir y llegar a un equilibrio social. Como, por ejemplo: El médico

⁸⁵ ARISTÓTELES, Política, 1252 a 3.

trabaja mientras que otros construyen hospitales. Mientras los estudiantes, estudian; los maestros, enseñan.

Pero se debe de tener en cuenta que el bien común no está totalmente inclinado hacia el orden jurídico, ya que se la obtiene de las normas del Derecho como por otras fuentes públicas o privadas, en la economía, política, cultura, etc. Pero está ligado a las leyes, la reflexión en lo moral, la cultura y el avance de la economía; por lo tanto, todos los elementos forman parte del bienestar en la sociedad.

“El bien común es una antigua noción filosófica que usada en el presente, busca expresar el bien que requieren las personas en cuanto forman parte de una comunidad y el bien de la comunidad en cuanto esta se encuentra formada por personas.”

En esta cita se refiere al “bien” como el bienestar de las personas, y las acciones que ayudarán dentro de una comunidad. Se tratar de llegar a un *reparto equitativo* de lo que se puede dar dentro de una sociedad, para que este avance y se pueda alcanzar a tener una estabilidad y una buena calidad de vida.

III.- El Bien Común y su Aplicación con la Constitución 2008 del Ecuador:

Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida Platón, en su libro República, nos indica que el bien común como un bien que va más allá de los bienes particulares, es la felicidad de la comunidad dentro de una ciudad y debe como prioridad en vez de los intereses de los individuos. La felicidad gracias al nivel de satisfacción que obtienen las personas, por el trato que se puede brindar en una comunidad. Aquellas acciones que demuestran la cultura de una sociedad. Eso es “bien común”

“Se puede definir el bien común confiriéndole un sentido específicamente social; es el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posible, el bien de la mayoría, de la masa, pero el bien común puede también revestir un sentido orgánico: es el bien de una totalidad que está representada por un Estado o por una raza, y que es más que el conjunto de individuos. Se puede, en fin, atribuir a esta noción el carácter de una institución; el bien común consiste entonces en la realización de valores impersonales que no responden ni solamente a los intereses

de los individuos, ni a los de una totalidad cualquiera pero cuya importancia reside en ellos mismos; esta concepción del bien común encuentra los ejemplos más significativos en el arte y en la ciencia considerados bajo el ángulo de su valor propio.”

Radbruch trata de explicar que el bien común, dentro de la política, tiene que ver mucho en el ámbito social. Porque son los valores que los individuos demuestran para poder llegar a un estado en donde se pueda vivir en sociedad, y se pueda mantener un orden social estable. Donde el bien común, también interviene en el arte y la ciencia.

Esto nos hace llegar a la conclusión de que el bien común busca el bien y la felicidad dentro de una sociedad, con la realización de los buenos valores por parte de quienes la conforman, donde se busca el respeto a la persona en cuanto tal y sin juzgarla, ni excepciones.

¿Con qué debe cumplir el bien común?

1. Un orden público externo. Es aquel que trata de llegar a la paz y seguridad pública, que está ligado con la libertad para el desenvolvimiento entre familias y grupos, etc. Este orden externo permite el eficaz cumplimiento de

los deberes y derechos del hombre que son tan omitidos por dificultades de hoy en día.

2. Prosperidad Material. Esta nos dice que todo lo que se gane, va para el pueblo, y mejor si es de manera inesperada; tiene que tener diferente carácter por ejemplo pública y privada. Y debe ser establecida por las leyes del poder público. Y estas componen:

- De todo lo material que puede ser usado para generar el bien común, tales como: mercancías, riquezas, reservas y transportación que haga más accesible la distribución de estas.
- De la organización de lo que se produce sobre las necesidades actuales y reales de una comunidad: industrias, comercio y mano de obra.
- De una equitativa distribución de la renta nacional para todas las categorías sociales, sin distinciones ni obviando a nadie. Esto generará una calidad de vida alta.

Las riquezas de los pueblos consisten en la justa distribución del bien, más no en la acumulación de ellos. Para que todo garantice el buen funcionamiento de los sectores.

3. Valores superiores del orden intelectual, espiritual, moral y religioso. En el orden intelectual, actúan las personas quienes crean las mejores formas de comodidad para la población de una comunidad.

“En el orden intelectual y moral el bien común de la sociedad requiere que se generalice la instrucción, que se desarrollen la formación intelectual humanista y técnica, la cultura que se de entrada a las diversas formas del arte. El bien común quiere que toda la juventud estudiante de todos los grados reciba una verdadera formación de almas, de las conciencias, de las voluntades y energías, para despertar en los que representan el porvenir de la patria una personalidad fuerte, dotada de un sano criterio, acostumbrada a una disciplina de la vida, al dominio profresivo de sus instrintos, caprichos, pasiones para someterse a una ley superior, practicar la virtud, entregarse a un ideal qu les llame constantemente a superarse: toda esta obra de educiacion integral supone, exige el gusto por el esfuerzo, el amor del bien, de lo verdadero, de lo bello, la lucha contra el egoísmo, la pereza y la conbardia.”

En esta cita podemos entender que el bien común en el derecho, forma parte de algo, donde la moral va ubicada como función principal para que se cumpla. Al derecho le es obligatorio promover los valores, que instalen un ambiente donde se pueda apreciar las virtudes que

favorecen a una sociedad. Esto significa que la moral siempre tiene que ver dentro del contexto del bien común. Y que el bien común siempre será la superación de un grupo de personas dentro de una sociedad, estableciendo un bienestar común y satisfacción.

4. El buen uso del bien común por parte de los individuos.

No tiene un buen fin la acumulación de riquezas y bienes si se invierten de mala manera o se acumula por ambición y avaricia. Personas superficiales, avariciosas y abusadoras, no contribuyen con el bien común dentro de una sociedad o comunidad. Por eso se educa a las personas para el correcto uso de sus bienes, y que con estas, puedan ayudar a la economía interna y la satisfacción colectiva.

IV.- Bien Común y Bien Público temporal.

Se sabe que como fines del Derecho está el bien común, pero ¿Qué es el bien público?, el bien público es temporal y es uno de los fines del Estado. Ambos tienen relación y se unen dando un concepto más completo a Derecho y Estado. El Derecho controla la actividad del Estado y de las personas; por eso es que el concepto de bien común es complejo, extenso y tiene varias derivaciones. En el bien público se contraponen al bien de las personas; es

independiente del “buen uso”; sin embargo, el bien común, incluye el buen uso en sus elementos esenciales.

Bien Común y Bien Particular.

Entre el bien común y el bien particular hay un problema. El Estado se encarga de toda la sociedad, en sí de todos quienes la comprenden y forman parte. Sin embargo, existen quienes ven al bien común de un pequeño sector. En un ejemplo se pueden poner las personas que controlan el mercado y el pueblo.

El bien común se encarga de buscar el beneficio colectivo de toda una población y no solo de un sector. Sin embargo, ¿es justo que una persona pierda sus bienes y todo lo que ha ganado, porque el Estado se lo exige? “¿Es el hombre para el Estado o el Estado para el hombre?” Este problema es muy notable entre el bien común y el bien particular, donde se trata de buscar el equilibrio de quienes tienen un poder económico o influyente, al resto de la sociedad. Para esto se puede apreciar diferentes soluciones. Como un análisis de las soluciones, aceptable, podemos ver a Radbruch, que hace referencia al estudio de los valores.

“Hay únicamente en el amplio dominio del mundo de la experiencia tres clases de objetos susceptibles de ser medido con valores absolutos: las personalidades humanas individuales, las personalidades totales (Estados), y las

obras humanas (Cultura). Podemos distinguir, pues, tres clases de valores de acuerdo con sus sustratos: valores colectivos (Estado) y valores de las obras o de trabajo (cultura

Según Olaso, en la Introducción al Derecho, dice: estos valores se encuentran a veces en contradicción. Por ejemplo, la ética de la conciencia dice “no mentir nunca”; la ética colectiva, por el contrario, admite mentiras diplomáticas en beneficio del bienestar común; la cultura tampoco florece ni en la excesiva fuerza ni el excesivo individualismo.

V.- El bien común y sus características.

¿Cuál es la característica del bien común?

El Bien Común no se refiere al BIEN de las personas dentro de una comunidad, sino, al bien de la comunidad en general. El bien común no es lo que se cada individuo tiene dentro de una comunidad si no de lo que toda la comunidad posee. "El todo social es un estado de cosas y no una cosa, un modo de ser", dice Santo Tomás.

Esto quiere decir que una sociedad está compuesta por todo lo que la crea, lo que contiene. No es una cosa que nace porque sí, es un modo de habitar, un modo de convivir en comunidad para generar un bienestar colectivo, más no

individual o que favorezca a un solo grupo de personas dentro de un Estado.

Tomas de Aquino, en el plano temporal, se refiere a las personas dentro de una sociedad. “se relacionan a la misma como las partes al todo y como la parte, en cuanto tal, es del todo, se dice que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo.”

Practica del bien común y sus funciones.

- El bien común se brinda a las personas el bienestar dentro de lo materias y moral, que son necesarios para subsistir en armonía y trabajar dignamente. Ya que, mediante el trabajo, los individuos mejoran su calidad de vida y condición social.
- El bien común establece un orden en el estatus social de las personas sobre el trabajo que realiza, independientemente de su origen y situación económica.
- El bien común subordina siempre la existencia y el fin es que la comunidad sea el mayor bien, sin menospreciar, ni anular el derecho natural de las personas.
- El bien común prohíbe la apropiación y abuso de los bienes comunes, y la de los bienes privados va más allá de lo necesario para satisfacer las propias necesidades y las de su familia de conformidad a su rango o categoría social.

VI.- El Bien Común En El Derecho y su Aplicación en la Constitución del Ecuador

Los fines del Derecho son la realización de justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Aristóteles como Santo Tomas de Aquino consideran que existen tres clases de justicia: la legal, la distributiva y la conmutativa. La justicia legal siendo la proporción entre las acciones y el bien común, es decir que incluye aquello en lo cual pudiera considerarse que el individuo debe a la comunidad como algo propio de ésta. La justicia conmutativa se refiere particularmente a la proporción de las relaciones entre los individuos dando a cada cual lo suyo; es decir, la justicia conmutativa persigue el bien particular. La justicia distributiva es la que regula la proporción entre la comunidad de los individuos con respecto a la repartición por aquella de las cargas y beneficios. Esto quiere decir que la realización de la justicia se da para que todas las leyes y normas positivas dentro de una sociedad, vayan encaminando al hombre, a un bien común colectivo.

- **El bien común en la economía.**

Al bien común se lo puede entender como la convivencia económica o el bienestar socioeconómico de una sociedad o

comunidad. Se puede entender que la economía aumenta el beneficio y valor de cada individuo.

La economía del bien común se basa en los mismos valores que hacen establecer nuestras relaciones: confianza, cooperación, democracia, etc.

Aquí interviene el bien común, como bien público y particular. El bien común se deriva en dos conceptos que les dan diferente significado a los bienes. En el ámbito jurídico, el bien común sirve para aquellos que se refieren a las cosas, materiales o no, sobre lo que podemos obtener un derecho que va a ser reconocido por la ley. En el ámbito económico, tratamos de las cosas que son útiles a quienes manipulan las cosas o la poseen. En conclusión, el bien común son las cosas que sean de propiedad o de beneficio; de ámbito económico, para una comunidad.

- **El bien común según Santo Tomas de Aquino.**

Santo Tomas de Aquino, profundizo el concepto de bien común, y le dio un completo significado. Aunque este se han interpreta de varias maneras.

Para Santo Tomás, es éste y no otro el fin último de toda acción política, es decir, de toda acción en la sociedad, desde los monarcas, hasta los súbditos.

¿En qué consiste este bien común? Para Santo Tomás de Aquino, el fin de todo hombre es encontrar la felicidad a su manera. Todos buscan la felicidad de distintas formas, pero es la meta de todas las personas. Entonces, el bien cuando trata de todas las personas, es un bien común. Santo Tomás de Aquino, indica que el bien común es el bienestar de todos lo que pertenecen a una comunidad o sociedad. No tiene nada que ver con los bienes personales, o la felicidad propia. El bien común es el bien de la totalidad de la comunidad, ya que no es la suma de la felicidad de todos, sino el bienestar que hace que todos sean felices, y no solo un grupo de individuos goce de ese privilegio.

El bien común, entonces, es la meta de toda sociedad, de todo gobierno y de toda acción política. Santo Tomás de Aquino, le da un concepto básico al bien común, ya que todo (política, gobierno y personas) deben de buscar el bienestar colectivo y este sería su fin número uno.

“La ley es la prescripción de la razón, ordenada al bien común, dada por aquel que tiene su cargo el cuidado de la comunidad.” Santo Tomás de Aquino.

Bien común en la actualidad.

Se define al bien común como el conjunto de condiciones concretas que permiten a todos los miembros de una comunidad alcanzar un nivel de vida a la altura de la dignidad humana. Aquellas condiciones pueden ser de carácter material, como el abastecimiento de productos médicos, alimenticios, etc. Intelectual como libros, periódicos, universidades. De carácter institucional, como son los sistemas económicos que desarrollen la producción y mejoren la economía; jurídico, que brinda justicia.

El bien común se basa en el respeto de los derechos que tienen todas las personas, y no solo en eso, si no, en el bien que hacemos para con nuestra comunidad. Por ejemplo; al tener acumulación de bienes, podemos aprovechar para convertir en plazas de trabajos.

El bien común actualmente se ha extendido a la preservación del medio ambiente, de los bosques y de los ríos, de los animales y del habitat de cada uno de ellos. Todo esto anteriormente fue destruido por la ambición humana, mas no por el bien común.

La actividad humana que ha ocasionado contaminación de los espacios habitables, no aplican el nuevo concepto de bien común, y han perdido dignidad al momento de cometer estas acciones. Como concepto principal, el bien

común es buscar el bienestar para todos quienes habitan dentro de una comunidad.

“Es pecado social todo pecado contra la dignidad y el honor del prójimo y todo pecado contra el bien común y sus exigencias.”

Constitución 2008 del Ecuador.

Art. 14.- *Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.*

Art. 13.- *Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales*

Art. 74.- *Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.*

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

El bien común hoy en día es la aceptación de la necesidad que se tiene para llegar a acuerdo institucionales para

promover el bienestar de la sociedad. Es decir, el bien común es el medio por el cual se busca el bien de los individuos. Y ¿si no se lo usa como un medio? El bien común se transforma en un medio de obtención absoluto. Pero si captamos el concepto de que el bien común es el bien no solo colectivo, sino también de las personas, este concepto es nulo. Por ejemplo: Se puede gobernar con una dictadura, diciendo que busca el bien común; sin embargo, sería un concepto equivocado de bien común.

En el ámbito económico, el bien común tiene un complemento junto al bien público. Pero ese bien público es exclusivo: pues, en principio, al servicio de todos, pasan a ser de provecho exclusivamente privado cuando se escoge a una persona correcta; mientras que el bien común no evita a ni una persona, sino que, al contrario, promueve su participación.

“El bien común continúa siendo un concepto irrealizable porque, en una sociedad multicultural, no es posible alcanzar un acuerdo sobre los bienes que lo integran. Entonces, o bien se abandona el concepto de bien común, o se reduce a una discusión los bienes comunes parciales propios de una comunidad. Pero esta sería una concepción relativista: si no existe un bien compartido por todos los humanos por el hecho de serlo, acabaremos separando unas comunidades de otras. El hecho de que el bien común descrito aquí no se pueda reducir a un listado de

realizaciones que los políticos es, más bien, una fortaleza de este concepto, porque podrá cristalizar en un conjunto definido de estructuras que sostengan la buena vida humana en común, lo que sería la misma negación del dinamismo del bien humano en sociedad.

Características del bien común. (Aristóteles)

Es lo que le pertenece a las personas en cuanto forman una sociedad y no es un bien personas, sino colectivo.

El “todo” puede entenderse desde el punto de vista material o desde una mirada más espiritual e inmaterial.

Es la meta de todos los que conforman una comunidad, los ordena en sus funciones parciales y los une en una misma visión y misión.

Aristóteles diferencia el bien privado del bien común, y le da más importancia al bien común que al bien privado. Porque cuando indagas en el bien común se protege al bien privado; si este obrara al revés, el bien privado quedaría vulnerable. El bien común es más complejo y beneficioso para la comunidad, al extenderse a mayor cantidad de personas.

Aristóteles habla del bien común como algo más divino que el bien privado, porque el bien colectivo, se asemeja al bien que la divinidad desea para todos. Es decir, la política se asegura de que todo el Estado este regido por el bien común, por ende, es algo semejante a lo divino. Por lo tanto,

Aristóteles les otorga a los dioses el poder de mantener unido al universo, y la política la imita al mantener al pueblo ordenado al bien común.

Bien común y política. (Aristóteles)

Las distintas maneras de las polis dependían de quien manejaba y ejercía ilegítimamente el poder político. Si este era manipulado por la oligarquía, la ciudadanía se adquiría por la cantidad de bienes que poseía, y prohibía que los libres accedieran a los derechos políticos, estos eran la mayoría de la población.

Si la polis era manejada por un poder democrático, las personas públicas tenían la obligación de decidir todas las acciones de las polis a través de su participación. Pero tanto la oligarquía como la democracia, excluían a los esclavos y mujeres de la participación política y su derecho para obtener la ciudadanía.

Como señala Orrego, Finnis no solo aboga por la incorporación del uso lingüístico moderno para enriquecer la visión clásica de los derechos, sino que además se ha convencido de que el uso inglés actual de *right* y *rights* (*ius* y *iura*) comprende los dos aspectos, lo que es «suyo de» y «debido a» otros (el *ius* como *ipsa res iusta*) y la

correspondiente facultad de exigirlo (el ius como derecho-exigencia, facultad, poder moral o derecho subjetivo)⁸⁶

Aristóteles empieza su reflexión acerca de las ciudades y comunidades, afirmando que todas las comunidades tienen como fin algún bien. También hace énfasis, que la que pretende un bien común y una unión colectiva es una ciudad o comunidad.

Para Aristóteles la política va ligada con la ética. La ética solo se puede complementar y cumplir, con las polis. El ser humano alcanza la perfección al basarse en la sociedad. El hombre no es autosuficiente, sino una bestia política, que habita y hace las polis y va a buscar la mejor forma de gobierno.

Para Aristóteles se tenía que tomar el progreso y la estabilidad de la comunidad, para alcanzar el bien común. Esta sociedad no debe generarse por leyes radicales, pero sí con acciones revolucionarias. El bien común, aparte de encerrar la felicidad del pueblo, tiene un índice de civilización –lo que diferencia al hombre de la bestia-, porque el hombre es capaz de socializar por medio de la comunicación en diferentes aspectos, el lenguaje y la razón.

⁸⁶ Orrego, C., «La 'gramática de los derechos' y el concepto de derechos en John Finnis», *Persona y Derecho*, vol. 59, 2008, p. 147.

Aristóteles defendía el bien común y el bien particular. Los gobiernos que buscaban el bien común fueron las monarquías, la aristocracia y la democracia. Aunque para él, estas formas de gobierno tenían degradaciones, como, por ejemplo:

La monarquía buscaba el bien común, pero existía la tiranía.

La aristocracia buscaba el bien común, pero era gobernado por escasas personas.

La democracia practicaba el bien común, pero existe la corrupción, dentro de ella.

Para Aristóteles, la Monarquía era un gobierno unitario, pero la más virtuosa y noble de la polis; ya que buscaba el bien común de una comunidad. La aristocracia era el gobierno de los ricos; y la democracia, la de los pobres.

Conclusiones

- En conclusión, el bien común busca el bienestar colectivo de una comunidad o sociedad, más no el bien individual o el bien privado. El bien común se puede definir como el ente regulador del libre albedrío que tienen las personas dentro de una comunidad.

- “Siempre se debe preferir el bien general al particular. Nuestro beneficio particular no debe tomarse en cuenta cuando se trata del bien común.” (Juan Bosco)
- Juan Bosco, se refiere a que siempre se debe de buscar el bien de toda la sociedad, porque así se avanza en la estabilidad de un Estado. La acumulación y todo mal pensamiento como la avaricia, retrasa al bien común, y las sociedades se van desviando del verdadero concepto. Es por eso, que todo el que tiene y posee más que los demás, debe de brindar un aporte a su comunidad por medio de trabajos o incentivos que ayuden al bienestar.
- El bien común es uno de los fines del Derecho, ya que siempre va a buscar que exista justicia y seguridad, dentro de un Estado. Aparte de un reparto equitativo de los bienes o el buen uso de ellos. El bien común viene a formar parte del Derecho, ya que busca mejorar la calidad de vida de las personas por medio de la mora, dejando a un lado lo económico y buscando más allá de lo social.

Bibliografía

- Bustos, R. (2011). *“Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red”*. UNIÓN EUROPEA: Oñati: IVAP.
- Claes, M. (2005). *“Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones*

- nacionales: evolución y tipología*". VALENCIA: Tirant lo Blanch.
- Gonçalves, K. (2008). *Direito Constitucional*. . Bello Horizonte: Editora del Rey.
- Häberle, P. (2014). *Pluralismo y Constitución*. MADRID: TECNOS.
- Houtart, F. (2011). "El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad". *Revista de Filosofía del Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz*, 7-33.
- Innerarity, D. (2015). "Transnational Self-determination. Resetting SelfGovernment in the Age of Interdependence". *Journal of Common Market Studies*, 53.
- Kerber, G. (2013). "Constituições dos Estados-Membros do Mercosul e o Instituto Na Supranacionalidade". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16-32.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Malamud, A. (2010). *América Latina: uma região com um brilhante futuro atrás de si*. Lisboa: Laura Ferreira Pereira, Prefacio.
- Perotti, A. (2004). *Habilitación constitucional para la integración comunitaria Estudio sobre los Estados del Mercosur*. MONTEVIDEO: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

Torres, A. (2011). *“En defensa del pluralismo constitucional”*. VALENCIA: Tirant lo Blanch.

Ambar Murillo Mena. MGTR

Coordinadora Académica y Docente Titular Tiempo completo de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC.

Phd. (C) Universidad de Córdoba España, en Ciencias Sociales y Jurídicas
amurillo@ecotec.edu.ec

Orcid. 0000-0001-9967-0634

Abg. Glécia Morgana da Silva Marinho, Mgtr.

Graduada en Derecho por la Universidade de Fortaleza (UNIFOR) y en Historia por la

Universidade Estadual do Ceará (UECE); Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la

Pontificia Universidad Católica de Sta. Ma. de Buenos Aires (UCA);

Especialista en Derecho Constitucional (Universidade Candido Mendes – UCAM), Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (UNIFOR).

Postgraduanda en Educación Inclusiva (énfasis en superdotación/altas habilidades y espectro autista) y en Historia do Brasil (Instituto de Teología Aplicada – INTA); Técnica en mediación de conflictos (Columbia University).

morganamarinho@uca.edu.ar

Orcid- 0000-0001-9224-1896

Abg. Carlos Alcívar Trejo. Mgtr.

Docente Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad- Presencial Universidad ECOTEC

Docente Medio Tiempo de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación de la Universidad de Guayaquil.

Phd. (C) UNIVERSIDAD DE CORDOBA ESPAÑA, en Ciencias Sociales y Jurídicas

Phd. (C) en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA)

Orcid.org/0000-0002-2937-1417

calcivar@ecotec.edu.ec

ISBN: 978-9942-33-719-1



9 789942 337191

compAs
Grupo de capacitación e investigación pedagógica



@grupocompas.ec

compasacademico@icloud.com