

HACIA UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL* *A CRITICAL APPROACH BETWEEN CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL LAW*

Miguel AGUDO ZAMORA**

Eva María VÁZQUEZ GÓMEZ***

RESUMEN: El Estado tradicionalmente se ha estudiado desde un prisma interno, y ha sido llevado a cabo por el derecho político o constitucional, o bien, se ha estudiado desde un enfoque externo, en sus relaciones con otros Estados y con las organizaciones supranacionales; materia que ha correspondido al derecho internacional público. Estas categorías han quedado obsoletas. Los nuevos tiempos derivados de la globalización nos obligan a acercarnos planteamientos epistemológicos y axiológicos entre ambas disciplinas. Este es el motivo, objetivo y necesidad de este trabajo, que se formula desde planteamientos cercanos a la crítica. Y para alcanzar el fin de una política y un ordenamiento normativo, tanto estatal como internacional, que tengan como último referente al ser humano como proyecto vital, es preciso adoptar como herramientas de trabajo todos estos instrumentos que las ciencias sociales ponen a nuestra disposición para interpretar *críticamente* la realidad jurídica.

ABSTRACT: The State has traditionally been studied from an internal prism, a study which has been carried out by Political or Constitutional Law; or it has been studied from an external focus, in its relations with other states and supranational organizations; matter that was awarded to International Law. These categories are obsolete. New times coming from the effects of globalization force us to bring epistemological and axiological approaches from both disciplines. This is the reason, purpose and need for this paper, which is formulated from positions close to the criticism. The happiness of human being is the aim of Policy and Law, both state and international. So, it is necessary adopting different social tools to interpret critically the juridical reality.

Palabras clave: derecho internacional, derecho constitucional, crítica, epistemología, axiología.

Keywords: *International Law, Constitutional Law, Criticism, Epistemology, Axiology.*

* Artículo recibido el 22 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2014.

** Profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Córdoba.

*** Profesora titular de Derecho internacional público en la Universidad de Córdoba.

SUMARIO: I. *La necesidad de este estudio y ciertos planteamientos epistemológicos.* II. *Apuntes epistemológicos válidos para el derecho constitucional.* III. *Las corrientes metodológicas en el derecho internacional.* IV. *El horizonte axiológico de ambas disciplinas.*

I. LA NECESIDAD DE ESTE ESTUDIO Y CIERTOS PLANTEAMIENTOS EPISTEMOLÓGICOS

A vueltas con la globalización. En su célebre estudio,¹ Ulrich Beck pone de manifiesto cómo hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial, por lo que las tesis tradicionales sobre “espacios cerrados”, tales como los Estados, resultan ficticias. No existe ya país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse y junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales, públicos y privados, con cada vez más poder.

El Estado se ha quedado pequeño para controlar al “poder”. Y éste, controlar el poder, fue el principal objetivo del nacimiento del modelo de Estado de derecho que parió la Ilustración. Controlar el “poder” en estos tiempos se refiere también a limitar la acción de grandes empresas transnacionales, de empresas de comunicación mundiales, de opacas entidades que “juegan a la ruleta en el casino” de los poco regulados mercados financieros. Por ello, el sujeto “Estado”, al no ser capaz de “domesticar a estas fieras”, corre el riesgo de convertirse en un instrumento inútil, o, al menos, insuficiente, para poder asegurar a los seres humanos unas condiciones dignas de existencia, lo que no deja de ser otro de los motivos de existencia del mismo, especialmente en su modelo de Estado social o del Bienestar.

Desde un punto de vista epistemológico, ocurre algo análogo: el Estado tradicionalmente se ha estudiado desde un prisma interno, en sus relaciones *ad intra*; estudio que ha sido llevado a cabo por el derecho político o constitucional. O bien se ha estudiado desde un enfoque externo, en sus relaciones con otros Estados y con las organizaciones supranacionales; materia que ha correspondido al derecho internacional público. Estos “compartimentos-estanco” se han quedado obsoletos. Desgraciadamente, estas dos disciplinas no han estado, en opinión de quienes suscriben,

¹ Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, Paidós, 2001.

suficientemente relacionadas. Los nuevos tiempos nos obligan, porque la realidad política ha variado sustancialmente, a acercar planteamientos epistemológicos y axiológicos entre ambas disciplinas. Y he ahí el motivo y objeto de este trabajo, que se formula desde planteamientos cercanos a la Crítica. Y he aquí, pues, su necesidad.

Tal como establece Ferrater Mora, “se tiene un método cuando se dispone de, o se sigue, cierto ‘camino’, *odos*, para alcanzar un determinado fin, propuesto de antemano... El método se contrapone a la suerte y al azar, pues el método es, ante todo, un orden manifestado en un conjunto de reglas”.²

Como señala Pérez González: el derecho, como ciencia social, es inseparable del método, del procedimiento intelectual para descubrir o comprender lo que el derecho es en sí mismo.

Por otra parte, la metodología o epistemología es la “ciencia del método”; en palabras de Carnelutti, la metodología es “la ciencia que se estudia a sí misma y así encuentra su método”.³ La epistemología o filosofía de la ciencia es aquella rama de la filosofía que se ocupa del estudio de la actividad científica, en particular, de la investigación, así como de su producto, el conocimiento científico, reflexionando críticamente sobre el objeto propio de la disciplina que uno cultiva, sobre el modo en que se origina el conocimiento en el seno de la misma, sobre la metodología de la investigación y sobre la clase de conocimiento que se obtiene fruto de la metodología utilizada. La epistemología jurídica puede ser considerada como la filosofía de los procedimientos a seguir en el conocimiento de lo jurídico —es decir, de la materia constitutiva de la ciencia del derecho— y de su aplicación a la realidad social en la que está llamado a funcionar.

Un importante aspecto a considerar, al tratar cuestiones epistemológicas en el ámbito jurídico, es el referente a la hermenéutica. La labor de interpretación del derecho es la tarea más importante que puede desarrollar el jurista. Sin ella no puede aplicarse el derecho. Por esta razón, las diferentes escuelas de pensamiento jurídico han establecido posturas al respecto. Básicamente, podemos resumir en tres las doctrinas de acercamiento a la interpretación de las normas jurídicas.

² *Diccionario de filosofía*, voz “Método”, Madrid, 1991, pp. 2217-2220; véase Berchmans Vallet de Goytisoló, J., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid, 2002, pp. 75 y ss.

³ Carnelutti, F., *Metodología del derecho*, 1938, p. 10.

Una primera doctrina, la más reduccionista, sería la *exégesis*, que consiste en interpretar la norma desde la norma misma, sin recurrir a otras y, por supuesto, sin abandonar el campo jurídico. En esta doctrina se utiliza exclusivamente la interpretación literal o gramatical de la norma.

La *dogmática*, por su parte, entiende que la interpretación literal es claramente insuficiente, por lo que se plantea la necesidad de recurrir a vías alternativas. Partiendo de la consideración de que las normas están imbuidas de un sentido racional, esta corriente utiliza, en primer lugar, la interpretación lógica de las normas, deduciendo su auténtico sentido de las conexiones lógicas que resultan de los conceptos y de las proposiciones que forman las normas. Posteriormente, y partiendo de la idea de que toda norma es parte de un conjunto organizado lógicamente, se emplea la interpretación sistemática, que abarca todas las normas del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la *crítica* se caracteriza por partir de la idea de que las normas jurídicas persiguen unos determinados objetivos y buscan la obtención de ciertas finalidades dentro del conjunto social al que se dirigen y dentro, también, de un sistema de valores y principios dado, que ha de tenerse en cuenta a la hora de la aplicación de las normas. En esta corriente de pensamiento, la interpretación sociológica y la teleológica son las más utilizadas a la hora de la interpretación y la aplicación de las normas. Por lo tanto, en la *crítica*, a diferencia de las otras corrientes, que no saldrían del ámbito jurídico, se recurre también a los datos proporcionados por otras ciencias sociales a la hora de la interpretación y de la elaboración de criterios para el desarrollo y modificación de las reglas jurídicas existentes.

Desde una aproximación *crítica* vamos a reflexionar, en este trabajo, acerca de los componentes metodológicos y el horizonte axiológico que unen, por ser comunes, al derecho constitucional y al derecho internacional.

II. APUNTES EPISTEMOLÓGICOS VÁLIDOS PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *La realidad histórica del derecho*

El derecho tiene una realidad histórica,⁴ pues toda organización, sea o no normativa, responde a unos intereses sociales desde los que recibe su explicación. Este hecho, comprendido perfectamente por la jurisprudencia de intereses⁵ como correctivo al conceptualismo aséptico del positivismo clásico, ha recorrido toda la historia del pensamiento jurídico occidental. Desde Roma, escribe Savigny, “las ideas y teoremas del derecho no aparecen como creación arbitraria, sino sobre nociones cuya existencia y genealogía se da por presupuesta”.⁶ Así pues, las disposiciones constitucionales son siempre expresión de valores políticos que influirán inexorablemente en la interpretación de las mismas. Y desde la obra de Mannheim⁷ y Marx⁸ parece haberse generalizado, en la historia del pensamiento social, una perspectiva de estudio que se caracteriza por el entendimiento de que los sistemas ideológicos son, siempre y por definición, sistemas de respuesta a problemas históricos muy concretos, que en consecuencia no pueden ser estudiados al margen de las realidades sociales de las que surgen.⁹

La ideología del derecho constitucional, desde sus primeras manifestaciones, ha estado íntimamente relacionado con la garantía de los valores contenidos en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que se corresponden con los intereses de una clase social (la burguesía), que en calidad de tal protagonizó los procesos revolucionarios que culminaron con la implantación a finales del siglo XVIII en Francia y en América, del Estado constitucional. Indudablemente, los supuestos ideológicos que condicionaron en su día el primitivo constituciona-

⁴ Reale, M., *O Direito como experiência*, Sao Paulo, 1968.

⁵ Von Ihering, R., *El fin en el derecho*, Madrid, 1909.

⁶ Von Savigny, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, 1879.

⁷ Mannheim, K., *Ideología y utopía*, México, 2a. ed., 1993.

⁸ Marx, K., *La ideología alemana*, México, 1973.

⁹ Vega, Pedro de, “Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual”, *Estudios de ciencia política y sociología (libro homenaje al prof. D. Carlos Ollero)*, Madrid, 1972, p. 880.

lismo burgués no son, exactamente, los mismos que lo condicionan actualmente, porque han evolucionado de la misma forma que ha evolucionado la realidad social de la que surgen. Como ha señalado Mannheim,¹⁰ una vez que el inicial triunfo del principio de legitimidad democrática dio lugar a la irrupción del concepto moderno de Constitución, el sueño constitucional pierde su naturaleza onírica, su carácter utópico, y la Constitución pasa a convertirse en norma reguladora de la vida política, que actúa como soporte del proyecto ideológico burgués de la *liberté, égalité et fraternité*. Así, el concepto relativo de Constitución pierde su concreto contenido histórico, para disolverse en una abstracción y en un formalismo exclusivamente basado en la idea de legalidad. Lo que, en última instancia, supuso privar al derecho constitucional de todos sus contenidos éticos, políticos y sociales, que hasta entonces lo venían condicionando.

2. *El positivismo*

Como señala Roura,¹¹ la disolución de la política en los mecanismos de la legalidad constitucional hará, ciertamente, que el saber político se centre en unas coordenadas de seguridad jurídica, pero será a costa de la limitación de sus contenidos y significados tradicionales. Los históricos sistemas de legitimidad se verán sustituidos por las simples formas de legalidad, entregándose de esta manera a los juristas una parcela del conocimiento humano que, de siempre, constituyó una especie de perenne e irrevocable vocación de los filósofos. Es aquí, donde se sitúa la gran aportación de la Escuela de derecho público del siglo XIX, en la construcción de un gran sistema dogmático que fundamenta jurídicamente el obrar del Estado y que dotará al derecho público de una seguridad y una firmeza similares a las que, desde Roma, sirvieron de apoyatura al derecho privado.¹² Ya en Carl Friedrich Gerber, de quien, de acuerdo con Fernando de los Ríos, “emana el moder-

¹⁰ Véase Mannheim, *Ideología...*, cit., pp. 192 y ss.

¹¹ Roura Gómez, S., *Proyecto docente* (pendiente de publicación).

¹² Fue ésta, como se sabe, la preocupación que presidió el esfuerzo de organización del derecho público liberal europeo, y que tuvo como brillantes expositores a Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen, en Alemania; a Carré de Malberg, Hauriou, Esmein, Barthélemy, etcétera, en Francia; a Orlando y Romano en Italia; y Posada, en España. Frente al poder de dominar elaborado por el pensamiento autocrático de la monarquía absoluta, se trata, ahora, de mostrar la figura jurídica de un poder político cuya única manera de exteriorizarse es el derecho, a la vez norma y limitación de la voluntad soberana. De este modo, y

no derecho público alemán y aun hasta cierto punto la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental”,¹³ está explícitamente clara, esta conexión. En este contexto, lo que ocurre es que la Constitución se convierte en mero marco de referencia del que parte tanto la personificación jurídica del Estado, como la legalidad que juridifica sus relaciones. Así, Jellinek puso de manifiesto que la situación de igualdad en la que los particulares concurren a la relación jurídica privada, no es equiparable a la situación jurídica pública. El Estado como sujeto de relaciones jurídicas y que se somete al derecho objetivo, podría —en el ejercicio de sus facultades soberanas— no someterse. Por eso, entendía Jellinek, que presupuesto del sistema era también “la autolimitación del Estado”, la cual sólo puede explicarse atendiendo a la realidad social, que, como señala Roura, siempre va mucho más allá que la mera asepsia del método jurídico, pues es el único medio que puede dar coherencia a una construcción jurídica que, de lo contrario, se perdería en la abstracción y en la metafísica. Estas formulaciones llevaron a Jellinek a preconizar junto a una teoría jurídica del Estado, una teoría social del Estado. Por lo tanto, conviene subrayar que la explicación formal de la Constitución sólo podrá realizarse desde la explicación previa de los presupuestos que configuran y definen lo que, en términos generales, se ha llamado, Constitución material.

Por su parte, Kelsen¹⁴ arranca del dualismo entre el mundo del ser y el del “deber ser” para considerar que el derecho pertenece a este último. Por lo tanto, el derecho es pura normatividad y, en consecuencia, la ciencia jurídica debe desprenderse de cualquier elemento ético, sociológico, filosófico o histórico.

3. *La concepción posliberal*

Esta línea dogmática, propia del modelo de Estado liberal y que tuvo un importante impacto en la doctrina francesa con Carré de Malberg, y Duguit y en la italiana con Orlando y Ranelletti, fue sometida a una importante revisión crítica a partir de la época de Weimar. Esta crisis histórica, que afectó en forma decisiva a los fundamentos legitimadores del Estado liberal, trajo

a través de la Constitución, aparecerán integrándose mutuamente los términos derecho y Estado. El derecho constitucional es, claramente, el derecho del Estado.

¹³ Ríos, Fernando de los, “Prólogo”, Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, p. VIII.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Madrid, 1993.

consigo una profunda y necesaria revisión crítica de los principios dogmáticos que presidían la visión juricista y formalista del derecho constitucional hasta entonces imperante. De este transcendental proceso de revisión crítica, son testigos las importantes obras de Hermann Heller, Rudolf Smend y Carl Schmitt. Autores éstos que, entre tantos otros relevantes tratadistas de los años treinta, ponen de manifiesto las consecuencias que se derivan de la confrontación entre las categorías básicas del derecho constitucional del Estado liberal y los postulados que informan la nueva ideología democrática.

Tras Weimar, surgen tres grandes orientaciones doctrinales. Una primera que continúa con los planteamientos metodológicos y con los contenidos de la doctrina clásica del derecho público, y que viene representada por autores como Hugo Preuss o Maunz. Una segunda orientación que defiende la necesidad de operar con la realidad histórica más allá del positivismo jurídico, posición antiformalista en la que encontramos a Carl Schmitt, Herman Heller o Rudolf Smend. La tercera orientación engloba diferentes posicionamientos unidos por dos características principales: la defensa de los valores y principios inspiradores de la democracia constitucional y la necesidad de superar el formalismo positivista. En esta orientación se sitúan autores tan diferentes entre sí como Triepel Heller, Duguit, Hauriou, Leibholz, Kaufman o Laski.

Existen, pues, en la vida política del Estado, realidades normativas cuyo origen no es un precepto constitucional sino que, más bien, encuentran su razón de ser en la previa existencia de una laguna constitucional, de la misma forma que también existen realidades fácticas que conviven y operan en forma inseparable con los fenómenos jurídicos, a los que condicionan, al menos en la misma medida y forma, que lo jurídico condiciona a lo fáctico. La constatación de este hecho llevaría, por ejemplo, a Heller a afirmar que la “Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser completada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos”.¹⁵ Lo que Heller, junto con otros autores, pretende es que la confrontación entre realidad jurídica y realidad política, entre supuestos normativos y supuestos sociológico-políticos, quede disuelta en una realidad constitucional, y en la que entrarían por igual los elementos fácticos (la normalidad) y los

¹⁵ Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, p. 274.

normativos (la normatividad). Evidentemente, lo que quiere decirse es que existe una realidad que es la realidad constitucional, simbolizada básicamente en las leyes políticas y, más concretamente, en la ley constitucional, que debe ser objeto de estudio desde el punto de vista de la dogmática jurídica y, en su caso, complementada por el correspondiente examen del derecho constitucional no escrito, en particular las convenciones constitucionales, sin prescindir de una segunda proyección de esa misma realidad, constitucional, coexistente con la anterior, que no es susceptible de análisis con los instrumentos propios de la ciencia jurídica, sino que requiere de su propio y peculiar sistema de conocimiento desde los presupuestos metodológicos de otras ciencias, y de manera muy significativa los de la ciencia política. Esta visión se completa por la obra de autores como Hermens, Kruger, Duverger, Prélot o Burdeau y por corrientes como la “jurisprudencia de intereses”, la “jurisprudencia sociológica” o el “realismo americano”.

4. *Más allá de la dogmática jurídica*

Resultado de todo ello es la constatación de que tan sólo cuando el análisis jurídico-normativo, propio del derecho constitucional, se complementa con el examen de las realidades no jurídicas, provenientes de la teoría del Estado, en su concepción de ciencia jurídica y empírica de carácter estático, y de la ciencia política, entendiéndola, como la ciencia que estudia el Estado en su perspectiva dinámica, podrá ser completo el estudio de la realidad de la vida política del Estado. No se trata, en modo alguno, de yuxtaponer tres ciencias o de añadir disciplinas afines a un derecho constitucional abstracto. Lo que quiere ponerse de relieve es la complementariedad del derecho constitucional y de aquellas otras ciencias que tienen por objeto de estudio el Estado. Dicho de otro modo, de lo que se trata aquí es de afirmar que el derecho constitucional, la teoría del Estado y la ciencia política son ciencias absolutamente complementarias. En efecto, lo que ocurre es que tales ciencias estudian, desde métodos distintos, parcelas diferentes de una misma realidad común, y que de la misma forma que el estudio de una desde la ignorancia de las otras implica un absurdo fraccionamiento de una realidad común, que por definición es indisociable, la suma de ellas, la combinación de la teoría del Estado, de la ciencia política y del derecho constitucional permite una visión completa y exacta de la totalidad de la vida política del Estado constitucional.

En fin, fruto de toda esta evolución se entiende como una premisa ineludible que, allí donde el Estado liberal asuma como propios los valores esenciales y criterios ideológicos que informan el principio democrático, la Constitución dejará de ser un mero *príus* de la juridicidad del ser y del Estado, para pasar a ser considerada como instrumento jurídico que regula la vida política de una particular forma de Estado, el Estado social y democrático de derecho desde una serie de postulados y supuestos de un claro contenido ideológico y político, que se convierten, de esta forma, en valores que condicionan tanto la existencia misma como la interpretación que del derecho constitucional deba hacerse. Lo que, dicho en otros términos, supone volver a retomar como punto de partida de toda la teoría de la Constitución el concepto relativo o histórico concreto de la misma.¹⁶ De acuerdo con esta consideración de la Constitución es posible construir una dogmática constitucional que tenga en cuenta una serie de factores de naturaleza no jurídica: teoría del Estado, historia del pensamiento y de sus condicionamientos sociológicos y políticos, para así, con estos elementos, construir un derecho constitucional que, sin renunciar en momento alguno a su contenido jurídico, se caracterice por tener una consideración especial y diferente en relación con la que sería propia del derecho privado.

Además, el derecho constitucional como categoría científica imbuida de racionalización jurídica no puede prescindir, en cuanto construcción sistemática, de los elementos objetivos que le sirven de fundamento. Por lo tanto, pretender una ciencia jurídico-constitucional cuyo único punto de referencia objetivo para la lógica interna del esquematismo mental fueran las premisas legales supondría, obviamente, renunciar a dar cualquier tipo de proyección histórica, social y política a la legalidad. Lo que, en definitiva, se traduciría en la negación de la misma realidad histórica y objetiva del derecho constitucional.

¹⁶ Es ésta una idea de Constitución que está plenamente asentada entre la doctrina foránea más cercana a la nuestra, en autores de lengua alemana como Maunz, Stein, Hesse, Häberle, o Stark, o de lengua italiana como Esposito, Biscaretti di Ruffia, La Pergola, Lombardi, Zagrebelsky, Pizzorusso, y que, una vez aprobada la Constitución española de 1978, comienza a tomar cuerpo entre el sector mayoritario de nuestra doctrina. Esta idea ofrece una solución de continuidad con lo que fue la primigenia visión del fenómeno constitucional, es decir, con la idea de Constitución que mantuvieron en un primer momento histórico los revolucionarios franceses y americanos.

En estas circunstancias, la necesidad de acoplar la realidad jurídico-normativa y la realidad política, como ingredientes inescindibles de la teoría constitucional, ha llevado a la doctrina a reconstruir un derecho constitucional que, supera, por un lado, el positivismo legalista clásico, y, por otro, las visiones filosóficas y las meras exigencias de la realidad política. A estas perspectivas metodológicas respondieron, por ejemplo, la teoría de la Constitución de Smend, o la formulación de Heller, al establecer la distinción entre normatividad y normalidad constitucional. En esta línea de difícil equilibrio conceptual, entre la normatividad y la realidad, entre el deber ser y el ser es donde debemos encuadrar la orientación del derecho constitucional, entendido como la parte del orden jurídico destinada a satisfacer la necesidad de establecer unas reglas que, con mayor o menor eficacia, regulan normativamente el comportamiento político de los sujetos sociales que integran la comunidad humana. En ese mismo sentido de punto de intersección entre la política y el derecho señala Pérez Royo¹⁷ que se encuentra el derecho constitucional dado que éste

arranca de la política y acaba en la política. Parte de la política porque el proceso constituyente es un proceso político. Y aunque dicho proceso político acaba en una norma jurídica, en la Constitución con sus artículos agrupados en títulos, capítulos y secciones, acaba en ella para volver a la política, para ordenar un proceso de creación del derecho, que es un proceso político protagonizado por entes sociales de naturaleza política o por órganos del Estado de naturaleza asimismo política.

Igualmente, Lucas Verdú incluye en el contenido del *derecho político* tanto a la ciencia política, entendida como el estudio de los fenómenos que se refieren al fundamento, objetivos, organización y ejercicio del poder político, como al derecho constitucional, conceptualizado como el estudio de las reglas e instituciones jurídicas fundamentales relativas a la organización y ejercicio del poder político y a los derechos y libertades del ciudadano. Como señala este autor, el equilibrio entre ambos saberes es de gran utilidad ya que

si por un lado la normatividad constitucional es un esquema interpretador de las realidades sociopolíticas a las cuales les atribuye efectos jurídicos en un mo-

¹⁷ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 58.

mento histórico y en una situación política determinada, por otra parte, las efectividades políticas indican el cuadro real de referencia y de posibilidades de actuación dentro del cual se mueven aquellas normatividades constitucionales.¹⁸

Así, en ese mismo difícil equilibrio, casi de un imposible funambulismo, estimamos que se encuentra la orientación más apropiada para el entendimiento de esta disciplina.

III. LAS CORRIENTES METODOLÓGICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *Un recorrido por las diferentes escuelas*

La disciplina del derecho internacional público es relativamente reciente. Entendiendo que una ciencia debe articular una ordenación sistemática y coherente de conocimientos, puede afirmarse que la génesis del derecho internacional público como disciplina se sitúa en la obra de H. Grocio, *De juri belli ac pacis* (1625), como primera exposición sistemática de contenidos propios de la disciplina; esto no significa que no existiera el derecho internacional público como ordenamiento jurídico con anterioridad. En cualquier caso, consolidada la disciplina, el debate metodológico en el seno de la misma no se hizo esperar y numerosas fueron las corrientes metodológicas resultantes.

La corriente *iusnaturalista racionalista* se caracteriza por su propósito de construcción jurídica desde una perspectiva general, evitando los particularismos. Utiliza sobre todo el método deductivo donde lo general y abstracto está por encima de lo concreto. El derecho natural sobre el que se apoya se fundamenta en la razón, primando de este modo el elemento racional en el ser del derecho internacional. Este derecho se basa no tanto en la práctica interestatal, sino en el derecho natural sobre la base de la existencia de una comunidad internacional con caracteres propios, por lo que, consecuentemente, en primer término, el derecho internacional no es considerado como una disciplina autónoma y separada de la moral y de

¹⁸ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1972-1976, vol. I, p. 38.

la teología. Por otro lado, debido al proceso de secularización y al papel predominante del Estado soberano en la sociedad internacional, la evolución de la doctrina iusinternacionalista desde el siglo XVIII se orienta hacia una concepción voluntarista y formal del derecho, que abriría el camino al *positivismo jurídico* del siglo XIX. Dentro de la escuela positivista debemos hacer alusión a la escuela histórica, presidida por Savigny, que consideraba al derecho no ya como producto de la razón, sino de la historia, como producto de lo social, de la cultura en un momento dado; de esta manera, dado que lo social ofrece distintas modalidades, el derecho no es universal sino particular, y propio de cada colectividad.¹⁹ En el plano metodológico emplean una combinación inductiva-deductiva, ya que no rechazan los conceptos *a priori*, sino aquellos que no han sido debidamente contrastados, desde el punto de vista de su realidad, ni tampoco rechazan las consecuencias que no han sido contrastadas. En esta corriente doctrinal el derecho internacional es producto de los tratados y de las normas consuetudinarias que son de aplicación en cada caso y en cada momento histórico concreto, de la observación de esas fuentes.

Por cuanto se refiere al *positivismo voluntarista* propio del siglo XIX, éste hace del Estado el único y exclusivo destinatario de la norma jurídica y afirma que su voluntad es la única fuente de elaboración de normas, por lo que si bien puede considerarse como un sistema muy adecuado para dotar a la técnica jurídica de una gran dosis de seguridad jurídica, esta sistematización sólo la pueden alcanzar a través de una concepción puramente formal del derecho internacional. La estabilidad podría ser la nota positiva de esta corriente que reflejó la realidad de las relaciones internacionales del siglo XIX, basándose para ello en un presupuesto del que hoy carece la sociedad internacional: la homogeneidad. Sin embargo, en nuestra opinión entendemos que se exageró la autonomía del derecho internacional desvinculado de los elementos morales, sociales y políticos que constituyen su medio de aplicación y condicionan su efectividad, por lo que parece producirse una falta de adecuación entre las normas jurídico-internacionales y las necesidades y exigencias de la vida internacional. En resumidas palabras, el positivismo voluntarista desvincula al derecho de su noción social reduciéndolo a una construcción puramente interes-

¹⁹ Miaja de Muela, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, 1979, pp. 295 y ss.

tatal.²⁰ Así pues, en su concepción del objeto del conocimiento jurídico, el positivismo voluntarista limita la ciencia jurídica al conocimiento de la mera norma del derecho, no reconociendo al derecho como fenómeno social.²¹

Como resultado de la corriente anterior, apareció en escena el *formalismo jurídico*, representado principalmente por Kelsen, que se caracteriza por su pureza metodológica y por su recurso al método dogmático, a base de conceptos jurídicos, construyendo una estructura jurídica puramente formal de la que se elimina todo lo que no sean planteamientos jurídicos, prescindiendo de consideraciones finalistas.

Respecto de la corriente *sociológica* del derecho, iniciada por Huber y Schindler, destaca el hecho de que el derecho no puede ser estudiado de una manera aislada, sino en sus relaciones con el conjunto de la realidad social y como una parte de ésta. Así pues, desde el punto de vista sociológico es necesario examinar cuál es la influencia del derecho sobre la realidad social de la que forma parte y cómo a su vez la realidad social influye sobre el derecho. Para hacer realidad este objetivo es necesario además aplicar el método lógico dogmático, sobre todo el sociológico, y mediante este proceso establecer el contacto entre el dominio de las normas y el de las realidades políticas y sociales sobre el que se apoya toda la realidad política.

Por último, para la corriente *axiológica* el enjuiciamiento crítico del derecho debe partir de un determinado sistema de valores en la medida en que el internacionalista no puede limitar su estudio al conocimiento puro de la norma y a los factores que de todo tipo inciden en ella, sino que además al jurista le es forzoso ampliar su campo de visión en el fenómeno jurídico por el papel que desempeñan en éste los valores éticos.

2. *La aproximación tridimensional en el derecho internacional público*

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se subraya la importancia que para el análisis del derecho tiene la realidad, superándose poco a poco los excesos formalistas del positivismo que se basaba en la idea de

²⁰ Paniagua Redondo, R., "Aproximación conceptual al derecho internacional público", *ADI*, vol. XIV, 1998, p. 323.

²¹ Dufrenne, M. y Knapp, V., *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, UNESCO, 1982, vol. 3, p. 345.

que el derecho es una idea racional y abstracta, alejada de la realidad. Difícilmente el derecho internacional público se podía someter a moldes de abstracción y generalización dada la estructuración política de la sociedad internacional del momento, su carácter descentralizado y escasamente institucionalizado. Como afirma de Visscher,²² un método estrictamente formal y sometido a la orientación conceptual despoja al derecho de su finalidad, de su dimensión teleológica, de su fin social que es razón del ser y ley suprema de toda organización jurídica. Por esta razón, Chaumont²³ sostiene que el formalismo jurídico conduce a hacer del derecho un fin en sí mismo, el derecho por el derecho. Y en la misma línea Bedjaoui considera que el formalismo jurídico priva al derecho de la realidad, sus conceptos son artificios y ficciones en el contexto político económico del fenómeno jurídico.²⁴ En cambio, desde el punto de vista sociológico, la tensión e influencia entre la realidad social y el derecho es fecunda, en el entendido de que el conocimiento de la realidad —lejos de ser un artificio ficticio— es condición indispensable para el conocimiento del derecho.

En este mismo sentido, Ruiloba Santana señala que la propia índole de la sociedad internacional, descentralizada y deficientemente institucionalizada, hace más imprecisos y menos formales los signos del positivismo, los cuales sólo se revelan en un contexto fáctico cuya adecuada apreciación exige un matizado análisis del conjunto de factores extrajurídicos que configuran el conflicto de intereses al que, en última instancia, tratan de responder las diferentes normas y obligaciones jurídicas internacionales.²⁵ Asimismo, Pastor Ridruejo afirma que para aprehender con rigor y en profundidad lo que sea el derecho internacional se impone una triple aproximación: la técnico-jurídica, la propiamente axiológica y la sociológica, esta última desde una perspectiva histórica; o dicho de otro modo, *partiendo de la norma tendremos que trascender a los valores y descender a los hechos*.²⁶

²² Visscher, Ch.de, “Méthode et système en droit international”, *RCADI*, núm. 138, p. 75.

²³ Chaumont, Ch., “Cours général de droit international public”, *RCADI*, núm. 129, 1970, p. 345.

²⁴ Bedjaoui, M., *Droit international. Bilan et perspectives*, París, 1991, t. I, pp. 5 y 6.

²⁵ Ruiloba Santana, E., “La concepción tridimensional del derecho y del derecho internacional público”, *Estudios en honor del profesor J. Corts Grau*, Valencia 1977, pp. 409-442.

²⁶ Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, 2007, p. 28.

La aproximación *técnico-jurídica* podría quedar resumida en una definición formal del derecho internacional según la cual éste es “el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”, intentando acotar sus normas en el complejo y amplio mundo del derecho positivo.

Por lo que se refiere a la aproximación *axiológica*, se pone en contacto el derecho internacional con el mundo de los ideales y valores; concepción humanista del derecho internacional que tiende en definitiva a la protección de los valores de la persona humana. El método axiológico, como señala Carrillo Salcedo, es fundamental y necesario sobre todo en varios sectores del derecho internacional público, como lo son sin duda el derecho internacional de los derechos humanos el derecho internacional del medio ambiente, el derecho del desarrollo o el derecho internacional humanitario.²⁷

Esta última perspectiva está íntimamente unida a la aproximación *histórica-sociológica*, dotando ambas al concepto de derecho internacional de consideraciones sustantivas y funcionales. Junto al valor de la humanización aportado por la axiología, las notas de la socialización y democratización tienen una presencia primordial en el desarrollo de la comunidad internacional. Los grupos sociales evolucionan y el ordenamiento jurídico está en función de la dinámica de aquéllos, por lo que las transformaciones de la sociedad internacional están necesariamente vinculadas al concepto del derecho que en ella se aplica. Por otra parte, en la enseñanza del derecho internacional deberían exponerse las realidades sociales subyacentes en las normas para proporcionar a los estudiantes un conocimiento concreto de la sociedad a la que se aplica la norma.

Por ello, esta aproximación histórico-sociológica hace que en esta disciplina sea de aplicación una *metodología interdisciplinaria* por la que se produce un acercamiento a ramas del saber humano distintas de las puramente jurídicas: la ciencia política, la geografía humana, la política, la economía y, especialmente, la ciencia de las relaciones internacionales son de incuestionable importancia a la hora de concebir un concepto de derecho internacional. En este mismo sentido se expresa Pérez González, quien propone un pluralismo metodológico ponderado para el derecho

²⁷ Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid, 1976, p. 278.

internacional, en particular.²⁸ Esto nos lleva a renunciar del formalismo exacerbado, lo que supone reconocer que para analizar las instituciones del derecho internacional, y los derechos y obligaciones que de ellas emanan, hay que tomar en cuenta previamente el conjunto de factores sociales, económicos, políticos, tecnológicos que delimitan el entorno cultural de las normas jurídicas internacionales. Como observa Virally, debemos aproximarnos al derecho internacional tal y como éste se presenta, es decir, como un conjunto normativo, pero ubicándolo en su entorno socio-histórico sin el cual aquél no es real.²⁹ Por ello se ha de buscar el fundamento del derecho internacional público teniendo presente en todo momento esta aproximación tridimensional. Compartimos especialmente la afirmación del profesor Pastor cuando dice que “prescindir de alguna de estas tres perspectivas conduciría a una concepción incompleta e irreal, y, por tanto, errónea de la disciplina”.³⁰ Se debe, pues, adoptar una actitud interdisciplinaria ante la realidad pluridimensional, compleja e interdependiente del sistema internacional, que hace necesario acudir a otras áreas conexas como la sociología, las ciencias políticas, la economía y las relaciones internacionales para comprender el porqué y el cómo del derecho internacional.

Esta aproximación interdisciplinaria al derecho internacional no debe limitarse a su dimensión normativa, sino que, como fenómeno social, y en la medida que como ciencia social no es autosuficiente, precisa de la aportación de otras ciencias sociales. Desde esta misma perspectiva, para Truyol y Serra es necesario “situar la exposición del derecho internacional público en la línea de las posiciones que frente a un formalismo estrecho, conectan las normas jurídico-internacionales positivas con el mundo de los valores éticos y de necesidades histórico-sociales de que reciben vida y eficacia”.³¹ A todo ello hay que sumar además, el extraordinario dinamismo del derecho internacional, por esencia cambiante al ser el ordenamiento jurídico de una sociedad internacional en transición, en la cual los

²⁸ Pérez González, M., “Observaciones sobre la metodología jurídica internacional...”, *cit.*, pp. 246-248.

²⁹ Virally, M., “Panorama de droit international contemporain. Cours général de droit international public”, *RCADI*, núm. 183, 1983, p. 26.

³⁰ Pastor Ridruejo, *Curso de derecho político*, *cit.*, p. 28.

³¹ Truyol y Serra, A., “Nota sobre el derecho internacional público como disciplina científica y materia docente”, *REDI*, 1957, p. 437.

factores de heterogeneidad e interdependencia que le son característicos apuntan a la necesidad de una superación de su propia estructura descentralizada e inequitativa en un proceso de difícil realización práctica tal y como podemos comprobarlo en la actualidad.

Así pues, el derecho internacional público no sólo puede ser entendido como una “realidad intelectual” o como un “fenómeno jurídico”, sino también y sobre todo como un fenómeno social, como una realidad socio-histórica, a saber, como un conjunto de normas que rigen la existencia de un grupo social definido, la sociedad internacional en un momento histórico determinado, dada la interrelación existente entre sociedad internacional y derecho internacional público. Por tanto, sólo a través de esta triple dimensión del derecho —la jurídica-positiva, la fáctica o sociológica-histórica y la axiológica o valorativa— se puede aprehender la realidad unitaria que es el derecho internacional público. Conviene tener en cuenta, por tanto, que no puede procederse al estudio de las normas jurídicas de forma aislada, sino en cuanto que integran un sistema, y el sistema normativo limita y enmarca el trabajo del jurista, pero, en todo caso, la norma jurídica está conectada a la realidad social que le sirve de base y sobre la que actúa y al sistema de valores imperantes que le sirven de fundamento. En consecuencia, si el derecho internacional público como ordenamiento jurídico positivo no sólo ha de ser entendido como fenómeno jurídico sino también como fenómeno social, se hace preciso el conocimiento del contexto, es decir, de los factores económicos, sociales, históricos, ideológicos, etcétera, subyacentes a las normas jurídicas para poder comprender adecuadamente el ordenamiento jurídico internacional, ya que existe una interrelación estrechísima entre orden jurídico y la sociedad en el que se opera. En definitiva, la unidad del derecho internacional aconseja una triple dimensión para su aproximación: la socio-histórica, normativa y axiológica.

IV. EL HORIZONTE AXIOLÓGICO DE AMBAS DISCIPLINAS

Conviene recordar el horizonte filosófico, la razón de ser del constitucionalismo occidental, la frase que resume con lenguaje metajurídico el porqué de las Constituciones occidentales que nacen a fines del siglo XVIII y se perfeccionan en la segunda mitad del siglo XX: “creer en el ser humano como proyecto”. Esta reflexión bien puede resumir todos los

propósitos que animan al constitucionalismo. Desde este punto de vista, cualquier otra finalidad que no recoja al ser humano pluridimensional en tanto objetivo debe ser descartada. El derecho constitucional que no toma como último referente al ser humano y que olvida el componente ético-solidario de los principios axiológicos del sistema no debe tener esta consideración. Detrás de cada uno de los contenidos del constitucionalismo está el ser humano. El derecho constitucional es como una escalera que poco a poco vamos subiendo, más bien creando, en búsqueda de posibilitar la obtención de la felicidad para el mayor número de personas, a través de la consolidación de la igualdad y la consecución de mayores cotas de libertad. Todo ello, necesariamente barnizado por la idea más revolucionaria y más atrevida de todas las que, en mi opinión, el hombre ha conseguido alumbrar: la de justicia. Porque, para que la vida tenga sentido, no queda más remedio que rebelarse y correr a construir trincheras con alma terrenal, radicales barricadas que defiendan la dignidad humana.

Por eso es necesario correr a enarbolar la bandera que defienda el territorio más cercano, aquél que nos hace ser cada día más libres, iguales y justos, aquél que desde hace más de dos siglos ha sido el objeto de estudio del derecho constitucional: el Estado constitucional, que organizado bajo el sistema de división de poderes, defiende por encima de todo la dignidad humana a través del reconocimiento y protección de los derechos, usando como armas de combate el ariete del derecho y el escudo de la democracia. Esta es la filosofía que nos ha animado al escribir estas líneas. Filosofía que no sólo es válida para el entendimiento del derecho constitucional sino que también puede y debe aplicarse al derecho internacional. Y así es, porque el ordenamiento jurídico internacional, como fenómeno social, aspira a desempeñar determinadas funciones sociales que están orientadas a la consecución de determinados fines y a la salvaguarda de determinados valores.³² Tales valores están basados en ideales humanistas y de solidaridad que en la actualidad se representan bajo las nociones de *humanidad*, patrimonio común de la humanidad y comunidad internacional. Aparecen como principios jurídicos asentados sobre un consenso general indiscutible, aunque no siempre respaldados de un modo general y

³² Sobre la concepción tridimensional del derecho internacional en general, véase Reale, M., *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, Santiago de Compostela, 1974; Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1971, pp. 53 y ss.

uniforme por la práctica. Como han puesto de manifiesto P. M. Dupuy y J. A. Carrillo Salcedo, en el reiterado recurso por la Corte Internacional de Justicia a los principios generales del derecho internacional, como categoría jurídica distinta a los principios generales de derecho,³³ cabe apreciar la existencia de unos axiomas o postulados éticos generalmente aceptados que no sólo están llamados a inspirar el orden internacional y a dictar, incluso, reglas jurídicas directamente aplicables, sino sobre todo, a hacer que la estructura normativa del derecho internacional no se limite a ser el reflejo de su dimensión material (legalista), sino también un instrumento de transformación de esa estructura socio-histórica.

En nuestra opinión, y tomando las palabras de Peláez Marón,

siendo el derecho internacional un sistema de normas jurídicas que aspira a regular la vida del más amplio agregado humano posible y siendo la norma jurídica, desde el momento en que discurre por el plano del deber ser *señit*, una pauta modélica de comportamiento, habrá de incorporar necesariamente un conjunto de valores.³⁴

Y en esa incorporación de valores, tanto el derecho constitucional como el derecho internacional, especialidades ambas de la disciplina global del derecho político, han de ser especialmente imaginativos para conseguir introducirse en determinados sectores de la realidad política que se resisten a ser juridificados. El problema del derecho constitucional y del derecho internacional, en lo que se juega su futuro, es en dar respuesta a los nuevos problemas derivados del proceso de globalización que se está construyendo. No podemos, pues, permanecer impasibles ante la paulatina pérdida de sentido de aquello que constituye el verdadero objeto de

³³ Para un análisis de la utilización de los principios generales del derecho por la Corte Internacional de Justicia, véase Carrillo Salcedo, J. A., “El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, vol. 50, 1998, pp. 25 y ss.; *id.*, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, 2001, pp. 142 y ss.; *id.*, “Droit international et souveraineté des États”, *RCADI*, núm. 257, 1996, pp. 153 y 154; Dupuy, P. M., “Les considérations élémentaires d’humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice”, *Mélanges offerts à N. Valticos*, Paris, 1999, pp. 135 y ss.

³⁴ Peláez Marón, J. M., “De nuevo sobre el concepto del derecho internacional público en la doctrina española”, *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 1017.

estudio del derecho político (tanto interno como externo), que no es otro que la articulación jurídica de una política basada en la democracia y que mantenga como horizonte la consecución de los tres grandes objetivos de la Revolución Francesa: la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Y si éste es el horizonte axiológico de ambas disciplinas conviene recordar las palabras con las que comenzábamos este trabajo, al recurrir a Ferrater Mora, “se tiene un método cuando se dispone de, o se sigue, cierto “camino”, para alcanzar un determinado fin, propuesto de antemano. Y para alcanzar el fin de una política y de un derecho, tanto estatal como internacional, que tenga como último referente al ser humano como proyecto vital, es preciso adoptar como herramientas de trabajo todos los instrumentos que las ciencias sociales ponen a nuestra disposición.

Así pues, un entendimiento del derecho constitucional y del derecho internacional coherente con sus contenidos y con su función no debe construirse restando herramientas de trabajo al estudioso, sino, al contrario, poniendo a su disposición todas las que resulte posible. Si no es así y, por ejemplo, se consagra el “método jurídico” como único instrumento válido de análisis de estas disciplinas creemos que no se logrará comprender el pleno significado de lo que, con una técnica jurídicamente depurada, se esté exponiendo. Pues la vida del Estado y de la sociedad internacional está imbuida de un amplio elenco de principios y valores de índole política, sociológica y económica, cuyo correcto entendimiento escapa a una mera valoración jurídica, y son únicamente explicables teniendo en cuenta los presupuestos metodológicos de las otras ciencias que tienen por objeto el estudio del Estado y de sus relaciones.

Es verdad que, como, ha advertido Konrad Hesse, la concepción del derecho constitucional como ciencia normativa impide su equiparación con otras ciencias no normativas del Estado, como son la ciencia política, la teoría del Estado y la sociología política. Ahora bien, importa decir que el que esta identificación no sea posible, no significa, sin embargo, que el constitucionalista y el internacionalista puedan prescindir de ellas para llevar a cabo su tarea. Más bien nos encontramos con que ciencia política, teoría del Estado, relaciones internacionales y sociología política se erigen, entre otras, como ciencias complementarias, en instrumentos absolutamente necesarios e imprescindibles para la adecuada comprensión de estas disciplinas, las cuales no constituyen un fin en sí mismo, sino sobre todo un poderoso medio para conseguir una sociedad más justa y demo-

crática, porque, de lo contrario, los análisis jurídicos podrían convertirse en técnica de ocultación de la realidad.

La conclusión a la que, a la vista de lo hasta ahora expuesto, debe llegarse, se nos antoja meridiana. Parafraseando a Klaus Stern, del mismo modo que el estudio del Estado sin su Constitución sería como “navegar sin brújula”, es decir, sin norte, un derecho constitucional y un derecho internacional sin las aportaciones de la teoría del Estado y de la ciencia política, de la historia, de la economía y la sociología, de las relaciones internacionales y la filosofía política,³⁵ sería como “navegar sin agua”, o, en la más optimista de las metáforas, “navegar por aguas de madera”. Y además, como ya hemos señalado, para alcanzar el fin de una política y un ordenamiento normativo, tanto estatal como internacional, que tengan como último referente al ser humano como proyecto vital, es preciso adoptar como herramientas de trabajo todos estos instrumentos que las ciencias sociales ponen a nuestra disposición para interpretar críticamente la realidad jurídica.

³⁵ Pues son ellas las que sostienen el resto del ordenamiento. Smend considera que la Constitución es la ordenación jurídica de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado. Por eso, la Constitución ha de tener en cuenta toda la amplia gama de impulsos y motivaciones de la dinámica política y el Estado no es un conjunto de normas positivas independientes de la realidad social; el Estado es un proceso de creación continua que se cumple mediante las integraciones personal, funcional y real.