

CAPÍTULO OCTAVO

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. LA GLOBALIZACIÓN

Para entender lo que hoy llamamos globalización es necesario ubicarla en el contexto de las tendencias seculares del desarrollo histórico mundial. Dicho desarrollo está marcado por distintas fases, en las que la velocidad de la globalización parece intensificarse o a veces reducirse o invertirse. En otras palabras, existen diversas formas históricas de la globalización, por lo que el análisis requiere de una explicación sobre la manera en que han variado los patrones de aquella a lo largo del tiempo, para así poder establecer lo que es propio de la fase actual.

En esta línea, hemos considerado que la fase actual de la globalización se caracteriza por: A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; B. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; C. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional; D. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales, y E. La emergencia de problemas de dimensión planetaria.

En efecto, la globalización en su etapa actual significa la aceleración y la profundización del impacto de los flujos y patrones transcontinentales de interacción social, impulsada por fenómenos tales como las redes de comunicación modernas y la nueva tecnología de información. A su vez, esto ha transformado la escala de la organización humana que enlaza comunidades distantes y expande el alcance de las relaciones de poder a través de regiones y continentes de todo el mundo.

Por otro lado, y desde la perspectiva económica, la globalización actual significa un cambio en el orden económico mundial, que va más allá de la expansión del comercio internacional. En esencia, el elemento novedoso desde esta perspectiva es el surgimiento de patrones de integración de la producción que cruzan las fronteras nacionales, acompañado de un incremento significativo de la inversión internacional de las grandes empresas multinacionales. No obstante, esto no quiere decir que toda la actividad

económica mundial se encuentre organizada de esa manera. Asimismo, la globalización económica actual se caracteriza por el mayor volumen de movimientos de capital financiero, lo cual ha sido posible en razón de la formación de redes organizacionales a gran escala y por las nuevas tecnologías electrónicas de la información (la internacionalización de los mercados financieros).

Además, la etapa actual de la globalización se caracteriza por el surgimiento de nuevos actores en la política internacional y por una serie de cambios en el patrón de relaciones internacional, que hasta hace algunas décadas estuvo dominado por los Estados-nacionales. Al lado del Estado-nación surgen ahora actores e instituciones con gran poder e influencia a escala internacional, como la Unión Europea, ONG internacionales, organismos como el FMI, WTO, o empresas como Microsoft y CNN. Es decir, se ha venido dando un cambio en la política mundial, organizada durante mucho tiempo como un sistema de Estados. En primer lugar, los Estados-nación ya no están solos en la política internacional. Ahora tienen que compartir el escenario global con un número creciente de actores globales en una economía mundial en dinámico crecimiento y un incipiente mundo social globalmente activo: empresas multinacionales, organizaciones inter y suprarregionales, organizaciones no gubernamentales y privadas, quienes intervienen cada vez más en la política global. A su vez, esto lleva a una estructura policéntrica, más que unicéntrica de poder.

Por otra parte, las líneas divisorias entre la política interior y exterior se están difuminando cada vez más. A través de relaciones transnacionales los actores externos se involucran crecientemente en los asuntos “internos” de los Estados; a causa de las interrelaciones económicas, las crisis ya no se circunscriben a un país; la densificación de las comunicaciones y el transporte enlaza cada vez más íntimamente a las economías y las sociedades; y las sociedades nacionales, regiones y municipalidades sienten cada vez más el impacto de decisiones tomadas con frecuencia en lugares muy distantes.⁷²¹

En otra línea, se han formado y consolidado verdaderas redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales. Los sistemas de comunicación modernos hacen que los individuos y grupos puedan acceder a ambientes sociales y físicos que de otra manera no habrían conocido nunca. Gracias a ellos pueden superarse las fronteras geográficas que antes impedían el contacto, y se hace posible el acceso a experiencias sociales, culturales y a discursos a los que antes no era posible siquiera

⁷²¹ Messner, Dirk, “La transformación del Estado y la política en el proceso de la globalización”, *Nueva Sociedad*, núm. 163, septiembre-octubre de 1999, pp. 73 y 74.

aproximarse. Y no es que el intercambio cultural no hubiera existido con anterioridad. Pero, como afirman Held y McGrew, en virtud de los nuevos sistemas de comunicación, la escala, la intensidad, la velocidad y el volumen de las comunicaciones culturales globales no tienen parangón.⁷²²

Lo anterior no quiere decir que se esté generando una cultura única, mundialmente compartida. De hecho, el acceso a los medios de comunicación modernos es bastante irregular entre países, y lo mismo sucede dentro de cada país; asimismo, los flujos culturales también son desiguales. Simplemente consideramos que se puede afirmar que el espacio cultural del Estado-nación enfrenta ahora fuerzas de intercambio de ideas, de referentes culturales, de marcos de significación y de discursos que acusan un grado de intensidad antes inexistente, que difícilmente puede ser controlado o regulado por la propia acción del Estado.

Por último, se puede hacer notar como otro elemento que caracteriza la actual fase de la globalización, la emergencia de una lista de problemas internacionales (o “peligros globales” en la expresión de Beck),⁷²³ que no pueden ser resueltos por los Estados aislados, cuya solución habrá de llevar necesariamente a mayores grados de interdependencia: explosión demográfica, deterioro del medio ambiente, terrorismo, escasez de agua, energía y alimentación, epidemias, uso de recursos del lecho marítimo profundo, entre otros.

A su vez, el manejo de estos problemas requerirá de soluciones creativas y novedosas por parte de los actores estatales y no estatales, que son responsables y tienen la capacidad de decisión y acción en estos temas. Las soluciones podrán consistir en la cooperación intergubernamental, el establecimiento de regímenes internacionales, la conformación de organizaciones políticas supranacionales, el desarrollo de patrones de toma de decisión y acción transgubernamentales y la creación de organizaciones internacionales con distintas estructuras y diversos objetivos.

En este proceso se ha ido conformando un conjunto cada vez más extenso de instituciones y regímenes creados para organizar los asuntos globales. Con ello, estamos ante el tema de la “gobernanza global” (*global governance*), que es motivo de un importante debate académico en la actualidad, y que revisamos en el capítulo cuarto de este trabajo.

Lo anterior significa, finalmente, que el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas

⁷²² Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 43 y 44.

⁷²³ Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, pp. 67-71.

supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo “postwestfaliano”. Por ello es que Held sostiene que “...el significado de las instituciones políticas actuales debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja y de un amplio espectro de organizaciones internacionales y regionales, existentes y emergentes, que trascienden y median las fronteras nacionales”.⁷²⁴

Todo lo anterior caracteriza a la fase actual de la globalización, asumiendo, además, que esta se refiere a procesos y dimensiones distintas; responde a tendencias históricas seculares con antecedentes identificables; es irregular, y no significa universalidad ni implica homogeneidad.

II. EL ESTADO

Ahora bien, a pesar del nuevo contexto y los efectos que las referidas características de la globalización puedan tener sobre el Estado, este ni se encuentra en proceso de desaparición ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales. Muy al contrario, el Estado retiene actualmente sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado-nación democrático y Estado intervencionista, si bien cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física, seguridad jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social con instituciones al nivel internacional. En suma, no consideramos que el Estado ha perdido capacidades regulatorias y operacionales, si bien reconocemos que ya no tiene el monopolio sobre su ejercicio. Al parecer, en la mayoría de los casos los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad. Los Estados siguen siendo actores poderosos, pero ellos mismos han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con los que hoy comparten la arena global. Existen además entidades no estatales y organismos transnacionales que también participan intensamente en la política global. Todo esto genera un panorama más complejo del ordenamiento regional y global, que va más allá de versiones convencionales de un orden mundial basado en el Estado y relaciones entre Estados.

Lo que debemos reconocer es que si acaso es verdad que los fenómenos y transformaciones arriba apuntados se han venido desarrollando, entonces se plantea la necesidad de una reconceptualización del Estado, y también de una serie de conceptos asociados a él, como lo son el de *poder*, *autoridad*,

⁷²⁴ Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 120.

soberanía, legitimidad, la distinción entre *lo público* y *lo privado*, y entre *lo interno* y *lo externo*. Se trata de nociones relevantes del derecho público que se han forjado a lo largo de siglos de construcción teórica, y que requieren de una revisión a la luz de los procesos y fenómenos que están teniendo lugar en la actualidad.

En el presente trabajo se ha propuesto que el análisis del concepto de “gobernanza” es un buen punto de partida para entender las transformaciones del Estado y su entorno, así como para emprender el ejercicio de reconceptualización referido en el párrafo anterior.

III. EL ESTADO Y LA GOBERNANZA GLOBAL

El análisis del término “gobernanza global” nos ha servido de base para generar un marco conceptual relativo a las transformaciones del Estado en la actualidad, si bien hemos apuntado que el término está lejos tener un significado único y aceptado por todos. Ello, no obstante, se ha podido identificar en algunas de sus significaciones (diríamos que las dominantes en el ámbito académico) una serie de implicaciones que se refieren a procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que también afectan a nociones tradicionales del derecho público.

Así, hemos visto que el concepto de gobernanza global responde a la necesidad de generar orden y coordinación, así como de conducción de la comunidad internacional para resolver asuntos a nivel global. De esta manera, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, han surgido un conjunto de prácticas que mejoran la cooperación entre Estados. No obstante, al lado de estos existen hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de esas redes.

Con base en lo anterior, hemos podido afirmar que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONG internacionales). A su vez, este escenario nos ha obligado a intentar una interpretación, si no es que un diagnóstico, desde la perspectiva del derecho público. Esto es así, en razón de que con dicho escenario se ven afectados ciertos presupuestos que el derecho público tenía plenamente resueltos dentro de su esquema tradicional: ¿Quién crea el derecho?: el Estado; ¿dónde ocurre la política?: en el Estado o entre Estados. Sin embargo, la explicación que hemos desarrollado en este trabajo

nos muestra que existen indicios que inducen a por lo menos revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

A nivel internacional, espacios antes ocupados solo por agentes del Estado ahora son por otros actores (como los arriba mencionados), que ejercen gran influencia y forman parte importante de la gobernanza global. En palabras de Picciotto, el efecto general de lo anterior es una dispersión de la política lejos de los canales centralizadores que llevan al Estado, y en una variedad de arenas funcionales específicas, lo cual no significa que el Estado desaparezca, sino que se está reinventando.⁷²⁵

Por su parte, al analizar la internacionalización o globalización de ciertas esferas de gobierno, Búrca ha hablado de que en la actualidad se está dando la erosión de la asunción de que el Estado-nación es el *locus* de autoridad primario y más apropiado para la toma de decisiones políticas, y enmarca esta tendencia en otra más general, que califica como la “fragmentación del poder político” y la disolución de las fronteras entre las esferas privadas y públicas de regulación y control. Asimismo, señala este autor que cada vez es más evidente el fenómeno por el cual la competencia y el poder están dispersos entre diferentes niveles de gobierno, que son compartidos entre diversos actores en relación con la misma área de política pública. Y esto le lleva a preguntarse si estamos ante “compartimentos exclusivos” o “esferas empalmadas”.⁷²⁶

IV. GOBERNANZA GLOBAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Si en verdad estamos ante lo que puede llamarse una especie de reconfiguración de la esfera de ‘lo público’ y del ‘poder’, resulta pertinente plantear una serie de interrogantes sobre la adecuación del derecho a las nuevas circunstancias desde la perspectiva del derecho público, tanto administrativo como constitucional.

Y esto es así, debido a que a nivel interno, el derecho público ha cumplido diversas funciones como conformador, legitimador y controlador del ejercicio del poder. Sin embargo, el paradigma tradicional y aún dominante limita el alcance de esas funciones al ámbito de las instituciones estatales.

⁷²⁵ Picciotto, Sol, “Fragmented States and International Rules of Law”, *Social and Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, junio de 1997, pp. 272 y 273.

⁷²⁶ “It concerns the evolution, in other words, of a concept of governance which transcends the more traditionally conceived private/public divide and which challenges previous (even if misplaced) assumptions about the locus of political and economic authority”. Búrca, Gráinne de, “Reappraising Subsidiarity’s Significance After Amsterdam”, *Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99*, Harvard Law School, pp. 2 y 3.

El hecho de que en la era de la llamada globalización el poder se está reconfigurando o, en otras palabras, que de alguna forma se está *relocalizando*, de manera tal que se le puede encontrar no nada más en el Estado, sino en otras instancias, invita (exige) a hacer una revisión del paradigma dominante.

En el presente trabajo nos hemos propuesto explorar la medida en que los fenómenos y procesos asociados a la ‘gobernanza global’ han afectado no solamente al Estado y su entorno, sino también al derecho constitucional como sector de normas y como disciplina. Partiendo de la base de que el reconocimiento de que “algo” está pasando con el “poder” y con el “Estado” en el contexto de la globalización (expresado, por ejemplo, en lo que Picciotto denomina la transición del “gobierno” a la “gobernanza”),⁷²⁷ puede tener algún efecto en relación con las Constituciones nacionales y nuestra forma de pensar y concebir el constitucionalismo. Y esto es totalmente lógico, por las siguientes razones: el derecho constitucional *moderno* tiene como objeto primordial el control del poder político (localizado en el Estado). Toda la teoría y la dogmática constitucionales de la *modernidad* se han construido alrededor de este presupuesto. Ello, no obstante, si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante, como lo manifiesta el análisis del concepto de gobernanza, entonces es lógico y natural que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional.

En esta línea de análisis identificamos, entre otras, una línea de discusión relativa al impacto (positivo o negativo) que la globalización puede tener sobre normas y principios constitucionales básicos. A su vez, dentro de esta línea pudimos encontrar diversas sublíneas de análisis, tales como la manera en que las instituciones de la ‘gobernanza global’ pueden llegar a influir en las Constituciones de los Estados nacionales; la relativa a la llamada internacionalización del derecho constitucional, y la que se preocupa por examinar los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional. Asimismo, nos propusimos explorar cada una de estas líneas desde la perspectiva de la experiencia mexicana.

Ahora bien, quisiéramos terminar nuestro trabajo con una reflexión final que, a la luz de la experiencia mexicana analizada, ponga el acento en los posibles ‘puntos de ruptura’ que manifiestan un cambio en el objeto de estudio del derecho constitucional como hasta ahora lo hemos entendido.

⁷²⁷ Picciotto, Sol, “Constitutionalising Multi-Level Governance”, conference on *Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, Cardozo School of Law and NYU School of Law, November 4-5, 2007, p. 1.

Asimismo, a partir de este análisis deseamos sugerir que es necesario emprender una revisión del posible impacto que dichos ‘puntos de ruptura’ pueden tener a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, así como respecto del derecho constitucional comparado.

V. LA CIRCULACIÓN DE MODELOS NORMATIVOS

De esta manera, podríamos comenzar por observar que la experiencia mexicana nos muestra que existen importantes procesos de ‘trasplante jurídico’, ‘difusión del derecho’ y ‘circulación de instituciones jurídicas’ que rompen o por lo menos debilitan la idea de un sistema jurídico nacional que expresa los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación.

Como vimos en nuestro estudio, existen instituciones de la llamada ‘gobernanza global’, que son muy activas en la promoción de ciertos modelos normativos, y bien puede afirmarse que México ha sido un receptor importante de un buen número de esos modelos a nivel legal.⁷²⁸ Recordemos en cuanto a este tema que Fix-Fierro y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países América Latina desde el inicio de los ochenta del siglo pasado, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales, como el BM y el FMI, así como el ingreso en el esquema de la OMC.⁷²⁹ Igualmente, la suscripción del TLCAN ha significado un importante esfuerzo de adaptación del sistema jurídico mexicano (a nivel de sus leyes), a los estándares establecidos por el propio tratado en las materias correspondientes.

Ahora bien, el hecho de que una porción importante del cambio legislativo se dé en el tono que recomiendan instancias externas, además de los impulsos internos, no se acomoda bien con el imaginario jurídico-constitucional que implica el modelo tradicional de Estado constitucional y democrático de derecho. Es verdad que la idea de la voluntad general expresada a través del Congreso (representante del pueblo soberano) no deja de ser una ficción jurídico-política,⁷³⁰ pero esta es una creencia relevante para la

⁷²⁸ En materias que van desde el sistema de seguridad social, sistema de pensiones, comercio exterior e inversiones extranjeras, hasta propiedad intelectual, quiebras y suspensión de pagos, competencia económica y telecomunicaciones, entre otras.

⁷²⁹ Véase nota 322. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

⁷³⁰ Prieto Sanchís considera que el derecho descansa sobre ficciones, entre las cuales se encuentra la referida a la democracia representativa: el órgano Legislativo es el representan-

construcción de la legitimidad del derecho.⁷³¹ Esa ficción es perturbada si en la ecuación participan de manera relevante agentes externos.

Por otro lado, en el nivel constitucional, a diferencia del nivel legal, no hemos encontrado en nuestro estudio evidencia de un gran impacto, si bien por lo menos en un caso reciente (la reforma en materia de justicia penal de 2008), al parecer sí hubo una influencia importante de modelos impulsados por instancias internacionales.⁷³² Sin embargo, no debemos dejar de observar que en ambos casos las reformas legales y constitucionales han pasado por el proceso formal requerido por la propia Constitución para el cambio legal o constitucional, por medio de los actores que ella misma faculta para tales efectos. Pero por otro lado, el hecho de que ciertos actores externos tengan un peso relevante en la manufactura y diseño de las normas que un proceso de reforma finalmente lleva al texto legal o constitucional (e incluso también en el respectivo cabildeo de la reforma) no puede pasar desapercibido.

Lo anterior nos da ejemplos de cómo una porción del derecho legislativo, y por lo menos en un caso del derecho constitucional, si bien formalmente se elaboró “en casa”, en realidad es producto de interacciones entre organismos internacionales de diverso tipo y sus recomendaciones, y actores internos.⁷³³ A su vez, esto introduce un matiz diferente a la visión tradicional relativa a la vinculación entre el *demos* y el derecho.

Puede discutirse el grado en que lo anterior ha sucedido, pero la existencia del fenómeno no puede negarse. Tan es así, que en México, como en muchos otros países, existen sectores de la población que tienen la percepción de que este fenómeno es importante, al grado de afectar severamente la vinculación *demos*-derecho que el modelo tradicional presupone y, en consecuencia, de levantar dudas sobre la legitimidad del derecho mismo. Las protestas de Seattle de 1999, las de Cancún de 2003 o las más recientes en

te de la voluntad popular, y por ende que la ley al ser producto del legislador, es la máxima expresión de la legitimidad. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 137-174.

⁷³¹ La creencia en la legitimidad, sostiene Lucio Levi, es el elemento integrante de las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito estatal. Levi, Lucio, “Legitimidad”, en Bobbio, N. y Matteucci, N., *Diccionario de política*, t. II, México, Siglo XXI Editores, 1985, p. 892.

⁷³² El binomio asistencia financiera y asistencia jurídica proporcionada por algunas instituciones ha sido particularmente relevante, pero también importante ha sido el ajuste que se ha tenido que dar con el ingreso de México a la OMC y la suscripción del TLCAN.

⁷³³ En un patrón parecido a la hipótesis propuesta por Jost Delbrück en “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, núm. 29, 2003, pp. 29 y 30.

Grecia en el marco de la crisis financiera y los acuerdos del gobierno con el FMI para hacerle frente (2011), o bien el disperso y difuso, pero no por ello menos identificable movimiento ‘antiglobalización’, son clara manifestación de esta preocupación. Para estos grupos, el *pedigree* democrático del derecho creado bajo la influencia de los procesos identificados con la globalización económico-financiera está seriamente afectado.

Y no se trata aquí de un prurito que sospeche de conjuras internacionales contra México o contra los países llamados ‘en desarrollo’. De hecho, consideramos loables los esfuerzos realizados por las diversas instancias internacionales por fortalecer el Estado de derecho en México. Simplemente apuntamos un fenómeno cuya existencia no se puede negar. Tan visible es, que incluso hay propuestas públicamente conocidas provenientes de instancias internacionales que no solamente pugnan por ciertos cambios jurídicos en nuestro país, sino que implican impactos constitucionales relevantes (como la recomendación del secretariado de la OMC respecto de lo que considera la necesaria y conveniente apertura del sector energético a la inversión privada en México).

Como decíamos, este tipo de fenómeno, como hecho social, por lo menos debilita la idea de un sistema jurídico nacional que expresa los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Y se acerca más a una concepción como la de Teubner, que ya señalábamos en el capítulo segundo, según la cual los derechos nacionales, por lo menos en ciertas porciones, se han separado de su original incrustación comprensiva en la cultura de una nación, mientras que procesos globalizadores han creado una red mundial de comunicaciones jurídicas que reduce a porciones de los derechos de los Estados nacionales a partes regionales de esa red, las cuales están en estrecha comunicación entre sí. Sin embargo, y también lo apunta Teubner, lo anterior no significa que el vínculo de los sistemas jurídicos con la “vida de las naciones” se ha desvanecido. Aunque se ha debilitado, aún existe, pero en una forma diferente.⁷³⁴ Y esa forma diferente tiene que ver con la inmersión de los Estados en complejas redes de actores nacionales, internacionales, públicos, privados e híbridos, que participan en la producción de derecho, *duro* y *blando*, estatal, internacional y supranacional.

En suma, los fenómenos estudiados en este trabajo nos muestran que existen actores y procesos no nacionales que influyen o buscan influir en la definición de contenidos de las Constituciones nacionales. Lo son los pro-

⁷³⁴ Véase capítulo segundo, p. 40. Teubner, Gunther, “Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Up in New Divergences”, *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 15 y 16.

gramas de asistencia jurídica, como lo ilustra el caso de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal. Lo son también las recomendaciones de reforma al sector energético mexicano producidas por el secretariado de la OMC. O bien recomendaciones del FMI y el BM de llevar a cabo ‘reformas estructurales ambiciosas’, entre las que se incluye la participación del sector privado en la industria petrolera mexicana y la ‘flexibilización’ del mercado laboral (las cuales tienen una importante dimensión constitucional).⁷³⁵

VI. FORMAS DE PODER NO ESTATAL

Por otra parte, en el horizonte mexicano es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal. Ahora bien, en este estudio no nos hemos referido a fenómenos como los que le preocupan a Anderson; es decir, a la circunstancia de que grandes corporaciones tengan la capacidad de oprimir y violentar derechos fundamentales de las personas⁷³⁶ (en el caso de México podría pensarse en casos como las empresas maquiladoras que despliegan prácticas discriminatorias contra mujeres trabajadoras o solicitantes de trabajo que están embarazadas).⁷³⁷ Nos hemos referido, más bien, a los tribunales arbitrales del TLCAN de los capítulos 11 y 19. En este sentido, debemos observar que el hecho de que no pocos laudos de los tribunales arbitrales del TLCAN se hayan impugnando por la vía del amparo es una manifestación de la circunstancia que mencionamos. Puede discutirse (como ha sucedido) si el amparo es procedente o no contra esos laudos. Pero el hecho es que en estos casos ciertas personas se han sentido perjudicadas en sus derechos fundamentales, por decisiones de los tribunales arbitrales que perciben como de ‘autoridad’, y por ello han recurrido al instrumento por excelencia para la protección de esos derechos en México, como lo es el amparo. Por su parte, la respuesta de los tribunales ha sido ambigua. Incluso, algún juez ha declarado la ‘procedencia genérica’ del amparo, concibiendo

⁷³⁵ ‘Reformas estructurales ambiciosas, recomienda el FMI a Calderón’, *La Jornada*, 12 de octubre de 2006.

⁷³⁶ Feeney, Patricia, “Empresas y derechos humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de incidencia”, *Sur*, vol. 6, núm. 11, 2009, p. 177. En donde se habla de la creciente conciencia sobre las potenciales obligaciones de derechos humanos de actores no estatales.

⁷³⁷ Véase, por ejemplo, Bremer, Laurie J. “Pregnancy Discrimination in Mexico’s Maquiladora System: Mexico’s Violation of its Obligations under NAFTA and the NAALC”, *NAFTA Law and Business Review of the Americas*, núm. 5, 1999.

al laudo como ‘acto de autoridad’, si bien ha sobreesido por encontrar alguna causal de improcedencia identificada por el carácter no definitivo del laudo respectivo.

Este fenómeno se vincula con el tema del control del poder, pero desde una perspectiva multinivel, que rebasa los contornos del Estado-nacional. Tal es el caso, como hemos visto, de los laudos de capítulo 19 del TLCAN en materia *antidumping*, que el propio tratado define como inimpugnables dentro de las instancias internas. Sin embargo, nos preguntamos, ¿esto debe ser así en todo caso?; ¿qué pasaría si dentro del procedimiento respectivo, un tribunal arbitral violara la “garantía de audiencia” de alguno de los implicados en la disputa?; o bien, ¿debe sostenerse en todo caso la inimpugnabilidad, incluso si un tribunal arbitral no fundamentara ni motivara el laudo de manera adecuada?⁷³⁸

Desde la perspectiva mexicana, formalmente los laudos pueden ser descalificados como ‘actos de autoridad’ para los efectos de amparo; pero de ahí no se sigue necesariamente que no tengan el potencial de violar derechos, *in procedendo o in iudicando* (lo cual explica las tentativas de impugnarlos mediante amparo). No obstante, el esquema actual no tiene una respuesta en términos de equilibrio y balance frente a lo que claramente constituyen actos con *autoridad pública internacional*.⁷³⁹

Por otro lado, los tribunales arbitrales del TLCAN también pueden ser vistos como nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, por la vía adjudicativa, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado (como lo son la resolución de disputas derivadas del ejercicio de las potestades administrativas en temas de comercio exterior y protección de las inversiones y propiedades de las personas). En el caso de los tribunales arbitrales del capítulo 19, estamos ante instancias que tienen la capacidad de establecer los límites y marcos dentro de los cuales pueden desarrollarse los actos administrativos relacionadas con las investigaciones en materia *antidumping* y la imposición de medidas compensatorias. Mientras que los tribunales arbitrales de capítulo 11 tienen la capacidad de establecer los límites y marcos para el despliegue de la actividad administrativa de los tres niveles de gobierno del sistema federal mexicano, en cualquier materia que

⁷³⁸ Recordemos el caso Camarones analizado en el presente trabajo (véase capítulo cuarto.4.C.b). Si el Órgano de Apelación de la OMC exige debido proceso y fundamentación de las resoluciones de autoridades administrativas a las que vigila, ¿no puede exigirse que respete esos mismos derechos al emitir sus decisiones? Estamos frente a un problema de diseño institucional, de frenos y contrapesos en un contexto multinivel.

⁷³⁹ Concepto desarrollado por Bogdandy *et al.*, véase capítulo segundo, nota 113.

tenga el potencial de afectar inversiones extranjeras.⁷⁴⁰ El alcance de esta potestad es bastante amplio, si se considera no solamente el número de materias que pueden llegar a realizar este tipo de afectación, sino el tipo de consideraciones de interés público que pueden estar involucradas en la decisión administrativa: por ejemplo, salud pública, protección del medio ambiente, asentamientos humanos y planeación urbanística, entre otras. Esto, a su vez, rompe con otra de las premisas básicas del modelo tradicional, que todo lo resuelve dentro del Estado (es decir, el Estado como único ente con capacidad regulatoria, dentro del territorio respectivo). Y también tiene una dimensión que afecta al principio democrático, pues el esquema limita la capacidad de una comunidad para definir de manera autónoma un tema de interés público y protegerlo mediante regulación administrativa.

Ahora bien, en relación con los laudos de capítulo 11 del TLCAN, hemos visto que se pueden impugnar sacando la disputa del terreno jurídico nacional y llevándolo a un tribunal externo, que puede decidir sobre temas de la Constitución doméstica. El caso Metalclad es bastante ilustrativo de lo que Azuela ha denominado una ‘nueva geografía’ del sistema jurídico mexicano,⁷⁴¹ a saber: un tribunal canadiense, de la provincia de la Columbia Británica, termina decidiendo en revisión de un laudo de un tribunal arbitral, un asunto que requiere del examen e interpretación de temas vinculados con la distribución de competencias del sistema federal mexicano, el derecho de propiedad y el poder de expropiación, todos ellos, temas constitucionales. Estamos así ante una especie de ‘control de constitucionalidad en sede externa’, lo cual es verdaderamente novedoso en nuestro derecho.

Lo anterior nos sugiere que los tribunales arbitrales del TLCAN confirman la hipótesis de que el Estado no es más un poder indisputado y supremo para prevalecer en todo caso, dentro del territorio respectivo, y con capacidad de excluir a actores externos en las configuraciones domésticas de autoridad. Ni el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa lo es en materia de comercio exterior, ni lo son los tribunales del Poder Judicial de la Federación en lo que tiene que ver con sistema federal, propiedad y poder de expropiación.

⁷⁴⁰ Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, tal y como aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México (www.economia.gob.mx).

⁷⁴¹ Azuela, Antonio, “Olor a nafta. El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010, pp. 1-66.

Y lo mismo podemos decir en el tema de derechos humanos, y en particular en relación con la CrIDH. El perfil que esta ha ido adquiriendo igualmente significa que en el tema de derechos humanos y el estándar de trato del Estado mexicano respecto de las personas que viven en México, el Estado no es un poder indisputado y supremo para prevalecer en todo caso dentro del territorio, y con la capacidad de excluir a actores externos en las configuraciones domésticas de autoridad. La CrIDH se ha erigido en una instancia de revisión subsidiaria de los Estados incorporados al sistema interamericano en relación con sus gobernados. Y a ese monitoreo no escapa, en el esquema que se ha venido construyendo, ningún poder del Estado, sea Ejecutivo, Legislativo o Judicial (en lo que Sagüés ha observado se esta desarrollando una especie de ‘control de supraconstitucionalidad’).⁷⁴²

Estamos pues ante regímenes normativos que niegan al Estado el control exclusivo de personas o bien de recursos materiales e institucionales dentro de sus fronteras territoriales. Los tribunales arbitrales del TLCAN o bien la CrIDH son órganos de cierre de sus respectivos sistemas normativos. Los laudos de los tribunales del capítulo 19 no pueden impugnarse, según lo dispone el artículo 1904.11 del TLCAN.⁷⁴³ Los del capítulo 11, como vimos en el caso Metalclad, pueden ser revisados por un tribunal del país en el cual se llevó a cabo el arbitraje. Esto significa que si bien el órgano de cierre ordinario lo es en principio el tribunal arbitral, técnicamente también lo puede ser un tribunal extranjero (visto desde la perspectiva mexicana).

Por su parte, las decisiones de la CrIDH son también de última instancia, en su calidad de órgano natural para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. En todos estos casos, por voluntad soberana de los Estados, al suscribir los tratados correspondientes, se han definido nuevos órganos de cierre referidos a diversos sectores de normas del sistema jurídico mexicano, que están fuera de los mecanismos internos de control normativo y producción jurídica.

⁷⁴² Más adelante regresaremos a este tema. Véase Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, p. 464.

⁷⁴³ “11. Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel”.

VII. LA PRODUCCIÓN DE DERECHO POR INSTANCIAS NO ESTATALES

Desde otro punto de vista, los tribunales arbitrales del TLCAN también pueden verse como instancias no estatales productoras de derecho en la experiencia mexicana. Es claro que al pasar de los años a través de sus laudos han venido conformando un cuerpo de normas que se están desarrollando autónomamente a través de los respectivos procedimientos. En este punto no es menor el tema de la naturaleza jurídica de los tribunales arbitrales del TLCAN, quiénes son sus árbitros y los procedimientos por los cuales son designados. Como vimos, un tema relevante es la designación de los árbitros privados, que no son miembros de una judicatura, sino son abogados practicantes o académicos, que compiten por las designaciones en un mercado de servicios de adjudicación.⁷⁴⁴

Por su parte, ni duda cabe que la CrIDH ha venido generando derecho de manera autónoma a través de su competencia contenciosa. Se trata, además, de un derecho de rango constitucional desde un punto de vista formal y material. Formal, en aquellos países en los que expresamente se les da ese rango (como Argentina, Brasil, en cierto modo Perú, y también México a partir de la reforma de 2011). Y material, en razón de que se trata de un derecho que regula materias que tradicionalmente han sido reguladas por las Constituciones nacionales en su *parte dogmática*: los derechos humanos.

Por otra parte, tampoco es menor el procedimiento de designación de los jueces de la CrIDH ni las garantías judiciales establecidas en su Estatuto (que fueron ya referidas en el capítulo octavo de este trabajo). Como tampoco es menor el hecho de que la CrIDH tiene la misión de proteger aquellos valores que hacen posible un régimen democrático, en particular la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de reunión, los derechos políticos, que conectan directamente con el *pedegree* democrático.

El caso del sistema interamericano es particularmente interesante, pues ya está teniendo impacto directo en la reforma al texto constitucional mexicano y en su interpretación, como lo evidencian los casos de Castañeda Gutman y Rosendo Radilla. En el primero, y estando el caso en curso, se planteó una reforma que conecta directamente con el tema sobre el que versaba la demanda de Castañeda; es decir, la ausencia de un mecanismo judicial efectivo para la defensa de sus derechos político-electorales. En este sentido, la reforma consistió en disponer que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sería la máxima autoridad jurisdiccional en la

⁷⁴⁴ Véase capítulo sexto.

materia electoral, y tendría la facultad de resolver la no aplicación de las leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución, limitándose los efectos de las resoluciones respectivas al caso concreto.⁷⁴⁵ La reforma al texto constitucional se adelantó a la condena de la CrDH, razón por la cual en sus puntos resolutivos la Corte eventualmente ordenó al Estado mexicano

completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia.⁷⁴⁶

Por su parte, la sentencia en el caso Rosendo Radilla ha tenido un impacto en la interpretación que tradicionalmente se ha hecho en México del llamado ‘fuero militar’. Como es sabido, esta figura se encuentra contemplada en el artículo 13 de la Constitución, y su interpretación predominante ha permitido que delitos comunes cometidos por militares sean conocidos no por los tribunales penales del fuero común, sino por tribunales de la justicia militar (que han tendido a ‘cobijar’ a los miembros del ejército juzgados).⁷⁴⁷

La condena contenida en la sentencia del 23 de noviembre de 2009 encontró que el Estado mexicano era responsable de la violación de los de-

⁷⁴⁵ Reforma publicada en el *DOF* del 13 de noviembre de 2007.

⁷⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 6 de agosto de 2008. De manera parecida, en el contexto del caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), se impulsó una reforma al texto de la Constitución chilena, para sustituir un sistema de censura en la exhibición de la producción cinematográfica, por un sistema de calificación de dicha producción, antes de la previsible condena de la CrIDH, que finalmente llegó con la sentencia del 5 de febrero de 2001. Como es sabido, la CrIDH determinó que el Estado chileno había incumplido con los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, ante lo cual debía “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”.

⁷⁴⁷ Los tribunales militares conocen de los delitos contra la disciplina militar. El artículo 57 del Código de Justicia Militar establece dos supuestos para que un delito sea considerado en contra de la disciplina militar: 1) cuando esté contemplado en el libro segundo del Código de Justicia Militar (delitos como traición a la patria, asonada, motín, entre otros) siempre que el sujeto activo en la comisión del delito sea militar, es decir, esté activo en las fuerzas armadas, y 2) cuando se cometen delitos del orden común o federal por un militar: “a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

rechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de haber incumplido su deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas. Por ello, la CrIDH ordenó al Estado mexicano, entre otras muchas cosas, “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Como vimos en este trabajo, la sentencia de la CrIDH abrió una discusión en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los alcances de la sentencia de la CrIDH en el caso Rosendo Radilla, y sus implicaciones para la propia Suprema Corte. Después de un largo tiempo de discusión, el 13 de julio de 2011 la Suprema Corte determinó que el fuero militar no opera para procesar a militares responsables de violaciones a derechos humanos, y que en esos casos los militares involucrados deberán ser juzgados por tribunales civiles. Con esta resolución se clarificó el sentido que debe darse al artículo 13 constitucional, así como al artículo 57 del Código de Justicia Militar. Asimismo, la Suprema Corte resolvió que “Los jueces del Estado mexicano deben replicar, en casos futuros, el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso (Rosendo) Radilla y en aplicación del artículo primero constitucional”, lo cual significa que al recibir una denuncia contra un militar por la comisión de algún delito en que esté implicada la violación de derechos humanos, no podrán declararse incompetentes, apoyándose en el artículo 57 del Código de Justicia Militar y en la interpretación que tradicionalmente se le había dado a la luz del artículo 13 constitucional.

Finalmente, vale la pena recordar también que a lo largo del proceso relativo al caso Radilla fue muy importante la participación y el monitoreo que realizaron importantes organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, cuya misión es promover que los Estados protejan efectivamente los derechos humanos. A su vez, esto no es sino un ejemplo de cómo, a través del litigio estratégico transnacional, este tipo de organizaciones pueden participar en procesos en los que se definen estándares y criterios que tienen el potencial de impactar en las Constituciones nacionales, o en la forma en que se les interpreta.

Ahora bien, y regresando al tema del TLCAN, podemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿en qué medida pueden las decisiones de los tribunales arbitrales de dicho tratado influir en la definición de los significados contenidos en las Constituciones nacionales? La pregunta ha sido planteada por Schneiderman para el caso canadiense. Para este autor, el texto del TLCAN en materia de propiedad y las decisiones de los tribunales arbitrales en esta materia se han basado en la doctrina constitucional estadounidense referida a la expropiación (*takings*). Asimismo, sugiere este autor que en la medida en que con el tiempo los tribunales arbitrales del TLCAN vayan desarrollando un cuerpo de doctrina referido al derecho de propiedad y al poder expropiatorio de los Estados parte del tratado (él piensa específicamente en Canadá) puede generarse un cambio en la cultura constitucional doméstica que se acerque a los criterios que en esa materia existen en los Estados Unidos (y más inspirados en una filosofía de gobierno limitado).⁷⁴⁸ Al parecer, podríamos estar ante un ejemplo de lo que De Sousa Santos ha llamado ‘localismo globalizado’: normas locales que han alcanzado (o pueden llegar a alcanzar) un nivel global.⁷⁴⁹

En otras palabras, Schneiderman se pregunta si acaso no el régimen de protección de inversiones del TLCAN, y los criterios que han ido definiendo los respectivos tribunales arbitrales, son manifestación del inicio en un cambio de la cultura constitucional en una dirección más favorable al libre mercado, y menos a la intervención del Estado en la economía.⁷⁵⁰

Al hablar de ‘cultura constitucional’, el referido autor tiene en mente las normas fundamentales que orientan las relaciones entre ciudadanos y Estados (y también entre instituciones de los Estados). Asimismo, considera que estas orientaciones pueden estar representadas no solamente en el texto constitucional y en las decisiones judiciales, sino también en trabajos académicos, en el trabajo legislativo, en reportajes de los medios, en la acción de movimientos sociales y en las ONG. Es en estos sitios —apunta Schneiderman— en los que la comprensión del constitucionalismo, de los derechos, de la ciudadanía, es formulada y articulada. A su vez, para este autor es

⁷⁴⁸ Schneiderman, David, “Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril 2006, pp. 371-391.

⁷⁴⁹ Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense*, New York-London, Routledge, 1995.

⁷⁵⁰ Schneiderman, David, “Banging Constitutional Bibles: Observing Constitutional Culture in Transition”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, Number 3, verano, 2005, pp. 834 y 835.

posible examinar cambios en la cultura constitucional a lo largo del tiempo, más allá de reformas constitucionales y de cambios en la doctrina judicial.⁷⁵¹

Schneiderman afirma que localizar valores constitucionales en los procesos que asociamos con la globalización nos permite identificar cambios que están ocurriendo en la cultura constitucional nacional, cambios de actitud entre los jueces y los abogados, sobre el manejo de las relaciones entre el Estado y el individuo, aun sin reforma constitucional formal.⁷⁵² Si esto está ocurriendo o no en el caso de México, es algo que requerirá de una revisión minuciosa y atenta que haga el seguimiento de los criterios de los tribunales arbitrales del TLCAN y los de los tribunales mexicanos en las mismas materias.

Igualmente, resulta interesante observar cómo es que actores estatales y no estatales interactúan en la generación de estándares internacionales que luego impactan en los sistemas jurídicos nacionales, incluso a nivel constitucional. Por ejemplo, desde 2002 se formó un grupo de trabajo intergubernamental, junto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU y el *Rapporteur* Especial sobre el derecho a la alimentación, y con organismos de la sociedad civil interesados en el tema, para redactar las ‘Directrices Voluntarias’ de la FAO, que fueron aprobadas por el Consejo de la FAO en noviembre de 2004. Al decir del propio documento, representa el primer intento por parte de los gobiernos, de interpretar un derecho económico, social y cultural y recomendar acciones necesarias para su realización.⁷⁵³

Ahora bien, el derecho a la alimentación se encuentra previsto en instrumentos internacionales suscritos por México. Específicamente, se trata de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (artículo 25), y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11). Al ser los tratados internacionales parte del sistema jurídico interno (y con más fuerza aun a partir de la reforma constitucional de 2011, que les da rango constitucional a los que versen sobre derechos humanos), el derecho a la alimentación es un ‘derecho humano constitucional interno de fuente internacional’.⁷⁵⁴ Su interpretación y aplicación en México estará

⁷⁵¹ *Ibidem*, pp. 835 y 836.

⁷⁵² *Ibidem*, pp. 851 y 852.

⁷⁵³ FAO, Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2005 Adopted by the 127th Session of the FAO Council November 2004.

⁷⁵⁴ Uso aquí la expresión acuñada por el doctor Héctor Fix Zamudio en su trabajo titulado “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente

por lo menos condicionada por los criterios de la FAO, producto de la acción y negociación intergubernamental y alimentada por ONG interesadas en la materia, a pesar de que son ‘voluntarias’. Los operadores jurídicos nacionales no puede hacer como si esos estándares no existieran, y forman parte de lo que Sacco ha denominado los *legal formants* disponibles para definir el significado del derecho en casos concretos.⁷⁵⁵

Como puede constatare por todo lo hasta ahora examinado y dicho, al darse varios de los ‘puntos de ruptura’ de que hablábamos al inicio de este trabajo, considero que estamos ante un cambio importante en el objeto de estudio del derecho constitucional como hasta ahora lo hemos entendido. A su vez, esto requiere de una revisión por el posible impacto que pueda tener a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, y del derecho constitucional comparado.

VIII. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Una teoría científica de la Constitución intenta describir, explicar y verificar los fundamentos, ideas, postulados, construcción, estructura y métodos (dogmática) del derecho constitucional. Asimismo, la teoría de la Constitución (como disciplina) gira en torno a la problemática del Estado constitucional y democrático de derecho, y presupone, por ello, la necesidad del derecho, del Estado y de la democracia.⁷⁵⁶ Cómo es que estos tres elementos se articulan, es objeto principal de una teoría científica de la Constitución.

Ahora bien, en el presente apartado nos proponemos examinar una serie de conceptos básicos de la teoría de la Constitución, a la luz de los fenómenos que hemos venido describiendo y analizando en el presente trabajo. Nuestro objetivo es sentar algunas bases para un trabajo teórico posterior, más fino, que tenga propósitos explicativos y descriptivos, pero también prescriptivos.

en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, p. 651.

⁷⁵⁵ Sobre el concepto de *legal formants*, véase el apartado F en este mismo capítulo.

⁷⁵⁶ Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Cuadernos ‘Bartolomé de las Casas’, Madrid, Dykinson, 2004, p. 18. A diferencia de una teoría política de la Constitución, que pretende comprender la ordenación constitucional de lo político, a través del análisis, discusión y crítica de la fuerza normativa, posibilidades y límites del derecho constitucional. *Idem.*

1. *El concepto de Constitución*

Comenzaremos por examinar cómo se ven distintas conceptualizaciones de la Constitución, a la luz de los fenómenos y procesos que hemos estudiado en el presente trabajo. Emplearemos para ese efecto la clásica formulación de Manuel García Pelayo, que distingue los conceptos racional-normativo, histórico-tradicional y sociológico de Constitución.⁷⁵⁷

Según el concepto racional-normativo, la Constitución ha de entenderse como un complejo normativo establecido de una sola vez, y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos y con los gobernados. Inherente a este concepto de Constitución está la idea de totalidad, como parte del gran proyecto de la Ilustración, que apunta a la posibilidad de estructurar racionalmente al poder estatal.⁷⁵⁸

Sin embargo, en el presente estudio hemos visto que aparte de la Constitución han empezado a surgir sistemas normativos que también participan en ese esfuerzo de racionalizar y planificar el poder estatal (y también el supraestatal, como es el caso de la Unión Europea). A su vez, este quiebre de la idea de la Constitución como totalidad lleva necesariamente a la idea de parcialidad. Y es precisamente en la medida en que la estructuración racional del poder se da a través de diversos sistemas normativos como se puede hablar de un escenario plural.

Por otra parte, debemos enfatizar que ante dicho escenario, es importante no perder en el camino el objetivo planteado desde la Ilustración, de crear un orden racional. Ello implica diseñar mecanismos de coordinación, para que el pluralismo normativo no se convierta en caos e incertidumbre. Así, uno de los grandes retos del constitucionalismo hoy está en la articulación de sistemas normativos y la generación de criterios de ordenación que hagan operativo el referido esquema complejo.

Pero una concepción histórico-tradicional de Constitución, es decir, la Constitución no como un sistema normativo producto de la razón, sino resultado de una lenta transformación histórica, también resulta afectada. En tanto que cada pueblo es una individualidad, la concepción histórico-tradicional diría que la ordenación constitucional ha de responder al espíritu o al carácter nacional, sin que sea posible su extensión a otros países o su

⁷⁵⁷ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 34 y ss.

⁷⁵⁸ *Idem.*

recepción por ellos.⁷⁵⁹ Ello no obstante, en la medida en que puede hablarse en la actualidad de modelos normativos que circulan a nivel mundial, la imagen de individualidad (unicidad) se rompe. La extensión de modelos a otros países, su recepción, es posible y frecuente.

Y lo mismo sucede con un concepto sociológico de Constitución, que desdibuja el aspecto normativo, del deber ser, y considera a la Constitución como una forma de ser, como una infraestructura social, y la identifica, como diría LaSalle, con los ‘factores reales de poder’ que rigen a un país.⁷⁶⁰ No obstante, en la medida en que esta concepción se basa en actores delimitados al territorio del Estado-nación, la idea ha sido desbordada por la realidad. La ‘infraestructura social’ se ha hecho más compleja, y de manera frecuente incluye a actores nacionales e internacionales que interactúan y se coordinan para presionar a los Estados a adoptar algún curso de acción que puede tener relevancia desde el punto de vista constitucional, formando verdaderas redes transnacionales. Piénsese, por ejemplo, en las redes transnacionales de defensa o el litigio de interés público a nivel transnacional referidas en el presente trabajo.

2. *El principio de supremacía de la Constitución*⁷⁶¹

Se suele hacer la distinción entre Constitución en sentido formal, y Constitución en sentido material. En el primer sentido, Constitución es: 1) el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; 2) cuyo procedimiento de reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; 3) y que además ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes.⁷⁶² En el segundo sentido, Constitución significa que ese documento formal responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder público, separación de poderes y la garantía de los derechos, asu-

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, pp. 46-53.

⁷⁶¹ El principio de supremacía de la Constitución es uno de los instrumentos de protección de la Constitución en virtud del cual existe una jerarquía normativa en cuyo ápice se encuentra la Constitución, que a la vez es el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico. Toda norma de jerarquía inferior a la Constitución que sea contraria a ella no tiene posibilidad de existencia jurídica. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 12, México, UNAM, 1994, p. 34.

⁷⁶² Como ya apuntamos, la excepción es el Reino Unido, que como es sabido carece de una Constitución codificada y de un procedimiento dificultado de reforma constitucional.

miendo así los valores y fines del constitucionalismo⁷⁶³ (liberal, social y democrático) como ideología.⁷⁶⁴

El criterio formal es útil para la operación, pues permite identificar qué normas son constitucionales para efectos del ejercicio del control de la constitucionalidad. Para el juez constitucional, está claro que si no está en la Constitución, una norma no puede ser empleada como parámetro de ese tipo de control.

Ahora bien, ¿qué pasa con esta concepción cuando se da rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos?; y además ¿qué pasa cuando se establece en la Constitución que todas las autoridades deben garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los referidos tratados?

Una primera consecuencia es que el parámetro de control se ha ampliado, pues lo serán no solamente los derechos humanos contenidos en el texto constitucional, sino también, por habilitación del propio texto, los derechos humanos contenidos en los tratados.

Desde el punto de vista de la identificación de las normas para ejercer el control, podría parecer que la situación no causa mayor problema para la operación: o están en la Constitución o están en los tratados. Sin embargo, consideramos que se ha abierto una ventana problemática en este tema, si nos preguntamos ¿en qué tratados?, ¿solamente los tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito del sistema interamericano?, ¿cabría también incluir cualquier otro tipo de tratado que pudiera contener algún derecho que pueda calificarse de ‘derecho humano’; por ejemplo, los relativos a la protección de derechos de propiedad contenidos en el TLCAN? En este sentido, si el criterio formal de identificación del parámetro de control nos daba certeza (en tanto que constitucional para efectos del control lo era nada más lo que esté incorporado en el texto constitucional), la nueva fórmula abre un ámbito de incertidumbre.

Por otro lado, hay otras consecuencias que deben ser apuntadas y examinadas. Una de ellas tiene que ver con la siguiente pregunta: que las normas sobre derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados sean del mismo rango constitucional, ¿las hace iguales en todo?, o bien ¿hay

⁷⁶³ Para una distinción entre Constitución y constitucionalismo véase Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, pp. 72 y ss.; Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 35-55; Gustiani, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 30 y ss.

⁷⁶⁴ Aguiló Regla, Josep, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 441, 450 y 451.

diferencias entre unas normas y otras? Y si las hay, ¿qué consecuencias prácticas pueden derivarse de ello?

Por nuestra parte, consideramos que el mismo rango no las hace iguales en todo. Hay diferencias en cuanto a su mecanismo de creación y reforma, y en cuanto a su órgano ‘natural’ de interpretación. De esta suerte, las normas relativas a derechos humanos contenidas en el texto constitucional se crean y reforman por el procedimiento que la Constitución prevé para tal efecto. En el caso mexicano, el procedimiento previsto en el artículo 135. Por su parte, las normas relativas a derechos humanos contenidas en los tratados se crean y reforman a través del procedimiento para la aprobación (y en su caso denuncia) de los tratados.

Y en el tema del órgano ‘natural’ de interpretación de los dos conjuntos de normas, en el caso de las contenidas en el texto constitucional, lo es el juez constitucional nacional respectivo (¿y quién es ahora el juez constitucional en México?), mientras que el de las otras normas, en el caso de los países miembros del sistema interamericano, lo es la CrIDH.

Por ello, podríamos decir, como lo han dicho ya en Argentina, que los derechos humanos de los tratados no han sido incorporados en la Constitución, sino que se les ha incorporado en el derecho interno con rango constitucional.⁷⁶⁵ Y esto tiene por consecuencia que la evolución, interpretación y aplicación de ambos tipos de normas están sujetas a dinámicas distintas. Las primeras, más cercanas a impulsos internos, y las segundas, más próximas a alientos internacionales.

Pero ¿en realidad ambos conjuntos de normas tienen el mismo rango? Entramos aquí al tema de la supremacía constitucional a la luz del ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos y sus implicaciones. Porque para algunos autores, por la manera en que ha venido evolucionando el sistema interamericano, ambos conjuntos de normas no tienen el mismo rango. Y aquí cito a Sagüés, quien sostiene que conforme a la doctrina del control de convencionalidad, los jueces de los Estados firmantes del Pacto de San José tienen el deber de inaplicar las reglas de derecho interno (la sentencia *Almonacid Arellano* no exceptúa las normas de la Constitución) opuestas a ese pacto, e incluso las opuestas a la interpretación que a las cláusulas del pacto ha dado la Corte Interamericana. Para Sagüés, la doctrina del control de convencionalidad “parte tácitamente del supuesto de la primacía del Pacto de San José sobre las Constituciones y demás preceptos jurídicos nacionales, e impone una obligación específica a los jueces

⁷⁶⁵ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 277.

de los Estados, que debe practicarse aun de oficio (sin pedido de parte)". Por otro lado, el mismo autor señala como otra consecuencia forzosa de esta doctrina "...la de interpretar las normas nacionales, entre ellas la Constitución, de conformidad, y no contra, las reglas del Pacto (o a la interpretación adoptada por la Corte Interamericana de las cláusulas del Pacto)".⁷⁶⁶

Ahora bien, esta opinión podría contradecirse, por una parte, diciendo que el control de convencionalidad no implica una jerarquía rígida e inmóvil entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las Constituciones nacionales, sino que la primera prevalecerá sobre las segundas, en la medida en que sea más protectora, pero lo contrario podrá ser posible, cuando las Constituciones nacionales brinden mayor protección a la persona. Y lo mismo puede afirmarse de la jurisprudencia de los respectivos órganos jurisdiccionales de garantía. En otras palabras, el principio *pro persona* nos sustrae del esquema mental de una pirámide normativa jerarquizada, para explicar la relación entre Constitución y tratados de derechos humanos, ubicándonos en cambio en un escenario cambiante, móvil, dependiente del contenido y alcances de unas y otras normas, así como del caso concreto.

Por otra parte, también se puede afirmar, como lo ha hecho Manili, que la supremacía de la Constitución "no implica necesariamente superioridad jerárquica, sino la facultad de decidir *per se* en qué escalón de la pirámide jurídica situarse y de ceder o no parte de sus competencias, con lo cual resultaría válido que la propia Constitución estableciera que ella no es suprema, sino que otras normas lo son; o bien que otras normas comparten con ella el primer escalón de la pirámide normativa estatal".⁷⁶⁷

Pero independientemente de la postura que se adopte, lo cierto es que el concepto tradicional de supremacía constitucional no puede ya sostenerse de la manera como lo hemos entendido. Si se asume la posición de Sagüés, la Constitución nacional ya no es el techo normativo máximo del sistema jurídico nacional. Hay un nivel 'supranacional', que ahora es el nuevo límite 'hacia arriba'. Mientras que se asume la segunda postura referida, entonces la Constitución podrá ser suprema o no, dependiendo de si provee o no un

⁷⁶⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 45 y 46.

⁷⁶⁷ Hablando del caso argentino, dice Manili que es por mandato de la Constitución que los instrumentos internacionales han pasado a ocupar ese lugar; es ella la que desde su supremacía los trajo a compartirla, como demostración de la importancia de los derechos humanos para el derecho y pueblo argentinos. Por ello es que el autor pugna por una visión mitigada de supremacía constitucional. Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 259-261.

mayor alcance protector que el Pacto de San José. Y si se adopta la posición de Manili, los tratados de derechos humanos son tan supremos como la Constitución misma, por disposición de esta última.

En la práctica, el hecho de que las Constituciones de países como México y Chile se estén reformando para ponerlas a tono con los estándares del derecho de la Convención Americana significa que la Constitución no es necesariamente la norma de jerarquía superior en el sistema jurídico de los Estados parte. Es claro entonces que aparte e incluso por encima de la Constitución existen otras normas que, bajo ciertos criterios, pueden servir como parámetro para ejercer un control normativo, para determinar el significado del resto de las normas del sistema y, en su caso, expulsar normas del sistema (incluso, normas constitucionales).

3. *Principio de separación de poderes*

Otro de los temas clásicos de la teoría de la Constitución es el principio de separación de poderes, que Fix-Zamudio incluye entre los instrumentos protectores de la Constitución. Así, este connotado autor reflexiona sobre la crisis del concepto en cuanto a su formulación original, y nos dice que se ha vuelto mucho más complejo al agregarse otros elementos y formas de limitación del poder. Asimismo, de acuerdo con García Pelayo, Fix-Zamudio observa que el principio de separación de poderes ha modificado su sentido, obligando a los grupos políticamente poderosos dominantes a adoptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, con la que se objetiva el ejercicio del poder.⁷⁶⁸

Por otro lado, para explicarnos el tema en toda su complejidad, Fix-Zamudio nos recuerda las distintas categorías acuñadas por Winfried Steffani sobre la división de poderes: división horizontal (que coincide con la tripartición clásica), división temporal (la duración limitada y la rotación en la titularidad del ejercicio del poder público), división vertical o federativa (que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales), división decisoria (la participación de varios órganos en las

⁷⁶⁸ Para el referido autor, la protección de la Constitución se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 12, México, UNAM, 1994, pp. 17-19.

mismas funciones y la división social de poderes (entre los estratos o grupos de la sociedad),⁷⁶⁹

Pues bien, consideramos que a estas categorías habría que agregar otra, referida a equilibrios, frenos, contrapesos, provenientes de la existencia de órganos supranacionales con poder de vigilar y monitorear la conducta de los Estados respecto de los gobernados. Este enfoque podría corresponder a la idea de un constitucionalismo montado en una estructura multinivel que se ha venido configurando desde hace décadas.

A esta idea corresponde el sistema de protección de derechos humanos, como un control subsidiario ejercido desde el plexo ideológico del constitucionalismo contemporáneo en todas sus dimensiones (liberal, social y democrático), que comparte con la Constitución del Estado. El hecho de que ambos se nutren de ese plexo ideológico es precisamente lo que hace posible la complementariedad y retroalimentación entre los derechos humanos previstos en la Constitución y los previstos en los tratados, como límites al poder del Estado (y no nada más del Estado, según se ha ido consolidando la idea de los ‘efectos horizontales’ de los derechos humanos).⁷⁷⁰

4. *El poder constituyente*

Por otro lado, la incorporación de derechos humanos de fuente internacional, con rango constitucional, nos obliga a revisar los términos tradicionales relativos a la discusión sobre el llamado poder constituyente derivado o poder revisor de la Constitución.⁷⁷¹ Esto es así, como ya mencionamos, en virtud de que las normas constitucionales domésticas se rigen en cuanto a su reforma por el procedimiento dificultado que la propia Constitución establece en su artículo 135; mientras que las normas constitucionales de fuente internacional se rigen en cuanto a su reforma por las reglas relativas a la suscripción (y en su caso denuncia) de tratados internacionales.

Una primera pregunta sería: ¿puede el poder revisor de la Constitución reformar derechos humanos de los tratados? Evidentemente, no. Al ser incorporados al derecho interno con rango constitucional, los segundos

⁷⁶⁹ *Ibidem*, pp. 17-19.

⁷⁷⁰ Bidart, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 564-568.

⁷⁷¹ El debate tradicional se ha movido alrededor de la cuestión de si existen límites explícitos e implícitos (o tácitos) en las Constituciones nacionales, y cuáles son estos. Para una revisión de este debate, Serna, José Ma., “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad en México”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo, *Reforma y control de la Constitución*, México, UNAM, 2011, pp. 203-211.

no pierden su carácter de derecho internacional, por lo que están fuera del alcance del poder revisor. Otra pregunta sería: ¿puede el poder revisor modificar la Constitución nacional en un sentido contrario a los tratados de derechos humanos incorporados? Consideramos que la respuesta es negativa: al suscribir un tratado, todos los órganos del Estado, incluidos los que conforman el poder revisor, adquieren el compromiso de respetar los términos del mismo.⁷⁷² Los tratados de derechos humanos son entonces verdaderos límites del poder revisor de la Constitución (si bien el poder revisor sí puede extender el alcance protector de los derechos más allá de los estándares establecidos en el derecho convencional).

5. Constitución y principio democrático

Por otro lado, la teoría de la Constitución, como disciplina, está montada sobre el principio democrático. En la formulación de Aragón, esto significa que la Constitución como norma jurídica plenamente aplicable, dotada de suprallegalidad, tiene por objeto garantizar, mediante el derecho, la soberanía popular (y por ello la libertad, porque solo un pueblo libre puede ser soberano).⁷⁷³ Por eso es que el propio autor afirma que el Estado constitucional no supone más que el intento de juridificar la democracia, siendo la Constitución la forma en que esa pretensión se verifica.⁷⁷⁴

Sin embargo, los fenómenos examinados en el presente trabajo parecen indicar que el principio democrático concebido y asociado al Estado nacional se encuentra, por decir lo menos, en problemas.

Ya nos referíamos desde los capítulos segundo y sexto de este trabajo, a autores como De Vega y Ruiperez, que ven como uno de los efectos de la globalización sobre el constitucionalismo, la crisis del principio democrático. En palabras de De Vega, se trata del progresivo desplazamiento del principio democrático dentro de la Constitución en beneficio del principio liberal, que desarraiga a la Constitución y la desvincula de una voluntad po-

⁷⁷² Recordemos el principio *pacta sunt servanda* del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 27 de la propia Convención, por el cual los Estados parte no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

⁷⁷³ Aragón Reyes, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 183.

⁷⁷⁴ Aragón Reyes, Manuel, “La democracia constitucional”, en Fundación García Pelayo, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, 2000, pp. 95-122.

pular que es su condición de legitimación.⁷⁷⁵ Igualmente, hemos mencionado cómo es que el principio democrático experimenta una afectación ante el fenómeno de la circulación de modelos normativos a nivel mundial, y el impacto que esto puede tener sobre el *pedigree* democrático del derecho.⁷⁷⁶

Frente a esta realidad, la reflexión teórica viene proponiendo desde hace algunos años diversas ideas, que tienden, por decirlo de alguna manera, a revitalizar el principio democrático en el contexto de la globalización.⁷⁷⁷

Por un lado, existen propuestas de establecer un derecho democrático cosmopolita cuya base sea una comunidad cosmopolita de comunidades democráticas, basado en diversos niveles de gobernanza, para lo cual es necesario crear nuevos mecanismos organizacionales y vinculantes. Para esta postura, se trataría de diseñar un marco jurídico general, en el que cada nivel tenga su propia base de legitimación democrática, así como principios para ordenar cuál es el nivel apropiado de toma de decisiones.⁷⁷⁸

Por otro lado, encontramos intentos por llevar el principio democrático a los organismos donde se generan los modelos normativos que luego circulan por el mundo, como es el caso de algunas propuestas basadas en teorías de *participatory legitimacy*, según las cuales la legitimación del gobierno descansa no tanto en el orden normativo, sino en un discurso democrático y en procesos abiertos de toma de decisiones.⁷⁷⁹ En esta línea encontramos, por ejemplo, intentos de encontrar fórmulas de rendición de cuentas (*accountability*) de organismos internacionales respecto de individuos. Tal es el caso del Panel de Inspección del Banco Mundial, creado por la resolución 93/10 de la Junta de Directores Ejecutivos del propio banco. Su función es escuchar e investigar reclamos de personas y grupos afectados por las actividades del BM, cuando esas actividades violan las políticas y procedimientos del propio banco. Al parecer, ese órgano se creó tanto por una necesidad interna de control administrativo como en respuesta a presiones de ONG

⁷⁷⁵ Véanse, notas 92, 316 y 318.

⁷⁷⁶ Véase apartado 1 del presente capítulo.

⁷⁷⁷ Para una revisión de las distintas posturas en este debate se puede consultar Steffek, Jens y Nanz, Patrizia, "Emergent Patterns of Civil Society participation in Global and European Governance", en Steffek, Jens *et al.* (eds.), *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?*, Gran Bretaña, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 1-29.

⁷⁷⁸ Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997.

⁷⁷⁹ Stahn, Carsten, "Governance Beyond the State", *International Organizations Law Review*, vol. 2, 2005, p. 46. Este autor habla de un criterio funcionalista de legitimidad, es decir, factores funcionales para legitimar la autoridad de agencias internacionales y su impacto en los sistemas jurídicos domésticos. Y apunta a dos criterios funcionales: *expertise* e independencia y neutralidad. *Ibidem*, pp. 47 y 48.

que estaban interesadas en denunciar posibles violaciones de los estándares de las políticas del banco.⁷⁸⁰

Asimismo, junto a estos intentos ha surgido una copiosa literatura relativa a la identificación de cuáles son los criterios para evaluar a las ONG que participan en la gobernanza global y cuál es su propia legitimidad y representatividad.⁷⁸¹ Estos trabajos forman parte de la discusión sobre las posibilidades y límites de concebir a una especie de ‘sociedad civil global’ que pudiera erigirse en un nuevo sujeto democrático a nivel mundial.

Además, existen intentos para entender el principio democrático de una manera distinta a la tradicional (que enfatiza proceso electoral y sistema representativo), para enfocarse más en otros elementos, que también actualizan el principio democrático, como lo son la transparencia, la participación a través de formas distintas a las elecciones, la deliberación y la flexibilidad.⁷⁸²

Todo lo anterior no es sino manifestación de que la teoría de la Constitución se tendrá que mover en coordenadas distintas a las del pasado, en su intento de articular la fusión entre Constitución, derecho y democracia.

6. *La interpretación constitucional*

Como habíamos apuntado desde el capítulo segundo de esta investigación (siguiendo a Choudhry), en la visión tradicional, las teorías de la interpretación constitucional, tanto en el discurso profesional como en el académico, se han supuesto internas a sistemas políticos y jurídicos específicos. Mencionábamos así que en la base de esta noción están los conceptos dominantes del constitucionalismo: que una Constitución emerge de una nación, que encarna y aspira a responder a la historia y tradiciones políticas de una nación, que representa la identidad de una nación. No importa qué teoría de la interpretación se prefiera; todas tienen en común este presupuesto compartido.⁷⁸³

⁷⁸⁰ Orakhelashvili, Alexander, “The World Bank Inspection Panel in Context”, *International Organizations Law Review*, vol. 2, 2005, pp. 60 y 61.

⁷⁸¹ Steffek, Jens y Hahn, Kristina (eds.), *Evaluating Transnational NGOs, Legitimacy, Accountability, Representation*, Gran Bretaña, Palgrave Macmillan, 2010.

⁷⁸² Bogdandy, Armin von, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, noviembre de 2010.

⁷⁸³ Véase capítulo segundo. Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 826.

Ahora bien, frente a esta forma de pensar y operar, el concepto de *legal formants* ha sido desarrollado por Sacco para referirse a todo tipo de material que alimenta la construcción de una regla aplicable a un caso concreto por parte de los operadores jurídicos. Para este autor, cuando los operadores inician el proceso de investigación para encontrar cuál es la regla aplicable a un caso, tienen que revisar una variedad de materiales (Constitución, leyes, sentencias, doctrina y otros). Todo ese material (que conforma lo que él denomina *legal formants*) tiene eventualmente un impacto sobre las reglas operacionales. A su vez, en todo sistema jurídico hay una multiplicidad de *legal formants*, y no hay garantía de que haya armonía entre ellos, sino más bien tiende a haber conflicto. Por otra parte, según Sacco, las afirmaciones de qué son y qué no son *legal formants* del sistema pueden no ser jurídicas en estricto sentido. Pueden ser proposiciones sobre filosofía, política, ideología o religión, pero que tienen un impacto sobre las reglas operativas (jurídicas) del sistema: “Whatever influences interpretation is a source of law”.⁷⁸⁴

Pues bien, lo que deseamos proponer aquí es que en el mundo actual los *legal formants* que influyen en la formación de las reglas operativas de los sistemas constitucionales contemporáneos van más allá del texto de la Constitución nacional. Y en este nuevo cuadro entran, por lo menos, los tratados internacionales de derechos humanos, por un lado, e instrumentos de *soft law*, que dan color al discurso normativo en determinados temas, por el otro lado, como lo ilustran los ejemplos que hemos referido en el caso de Colombia.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 1, Winter, 1991, p. 21, y Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 2, primavera, 1992, p. 344.

⁷⁸⁵ Ya citamos en el capítulo segundo el uso que la Corte Constitucional colombiana y la CrIDH han hecho de estándares de las Naciones Unidas; por ejemplo, acudiendo esta última a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (en relación con delitos de dimensión nacional) para el desarrollo del concepto de víctima; o bien el uso que la propia CrIDH he hecho de la Resolución de 2005/35, que establece los principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la reparación (en relación con delitos internacionales), así como de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (citados en los casos Mapiripán e Ituango), la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (citada en 19 Comerciantes) y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas (citado en los casos Mapiripán e Ituango), entre otros. Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, pp. 424 y 425.

Asimismo, mencionábamos también que en relación con la construcción de legitimidad, el juez constitucional, como todo juez, decide a través de técnicas de argumentación, que, insertas en un contexto psicosocial dado, van dirigidas a un auditorio, que es el destinatario del esfuerzo de persuasión. De este modo, la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo. Como se puede observar, el presupuesto de este esquema es que el esfuerzo de persuasión de los jueces se dirige hacia de auditorios *nacionales*.⁷⁸⁶

Frente a lo anterior, consideramos que es posible plantear la hipótesis de que en el mundo actual, en la adopción de su decisión, el juez constitucional considera no nada más a sus auditorios nacionales, sino también a otros auditorios “externos”. Sin embargo, dejaremos pendiente este tema para ser discutido en otro trabajo. Dar una opinión informada al respecto requiere de análisis empírico, entrevistas, revisión de sentencias con un cierto enfoque, estudio de experiencias de ‘diplomacia judicial’, de intercambios, investigación de la existencia de ciertos patrones transgubernamentales de interacción entre la Suprema Corte y otros tribunales extranjeros e internacionales, que por el momento no estamos en condiciones de realizar. Por el momento, simplemente dejaremos apuntado que los recientes acercamientos de los tribunales federales mexicanos a la llamada Comisión de Venecia (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho) parece ser manifestación de que aquellos no son indiferentes a sus pares de otros países. En febrero de 2010 la Asamblea de Ministros del Consejo de Europa aceptó a México de manera unánime como Estado miembro de la Comisión.

Para terminar, diríamos, junto con Gomes Canotilho, que la contribución irrenunciable de la teoría de la Constitución al discurso comunicativo actual sigue estando en torno a la problemática del Estado de derecho constitucional democrático.⁷⁸⁷ Sin embargo, han entrado en acción nuevos actores sistémicos, internacionales y supranacionales, que no pueden ser dejados de lado por los esfuerzos teóricos. Ello presupone que la teoría reconozca la necesidad del derecho y del Estado, pero concibiendo al derecho como un conjunto de órdenes normativos de distintos niveles, que emanan de órganos estatales, intergubernamentales y supraestatales, y entendiendo al Estado como un actor muy relevante, pero no único, en la producción del derecho. Por último, una teoría que identifique dónde está la crisis del

⁷⁸⁶ Véase capítulo segundo, donde hemos citado a Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 162, 163, 193 y 228.

⁷⁸⁷ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2004, p. 18.

principio democrático en este nuevo contexto, y que oriente hacia nuevas formas y mecanismos institucionales por las que dicho principio, esencial al constitucionalismo, pueda ser realizado.

IX. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

Frente a los fenómenos examinados en el presente trabajo y ante los problemas que enfrenta la teoría, los presupuestos de la dogmática constitucional no pueden permanecer inalterados. Ello se desprende con particular fuerza a partir de lo que hemos dicho en relación con el concepto formal de Constitución como criterio para la identificación de las normas que sirven de parámetro de control de constitucionalidad, pero también de lo que mencionámos sobre la interpretación constitucional.

Efectivamente, como se recordará, la dogmática jurídico-constitucional parte del supuesto de que el derecho constitucional es algo dado, es un derecho puesto en el texto de la Constitución del Estado nacional. El investigador no necesita ir más allá de ese texto para generar conceptos y categorías y su integración en un sistema, que sirvan para resolver problemas de operación del sistema jurídico.⁷⁸⁸

Ahora bien, la consecuencia de lo que hemos argumentado en la sección precedente de este capítulo, es que ese supuesto se ha alterado ante los fenómenos examinados en este libro.

Es claro que al generar conceptos y categorías, los jueces constitucionales recurren al texto constitucional, pero ya no pueden hacerlo sin dejar de mirar otro tipo de instrumentos normativos, como son los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Más aún, en países como México, están obligados a hacerlo, en virtud de normas como las que ahora se encuentran en el artículo 1o. de nuestra Constitución.

Asimismo, en algunos instrumentos de *soft law* tienen el potencial de influir en la formación de los conceptos jurídicos que emplean los operadores, como lo referimos en el caso de la Corte Constitucional colombiana. O como se desprende de manera lógica a partir de la influencia que el *soft law* puede ejercer en el significado de los derechos humanos previstos en los tratados, que luego se incorporan en el derecho interno con rango constitucional.

Finalmente, no es menor la evidencia relativa al empleo de la jurisprudencia constitucional comparada (a veces ‘clandestina’)⁷⁸⁹ por parte de los

⁷⁸⁸ Véase capítulo segundo.

⁷⁸⁹ Es decir, sin citar la fuente.

jueces constitucionales, con referencias cruzadas entre jueces nacionales, entre estos y tribunales internacionales, y entre tribunales internacionales. En la punta de esta tendencia esta África del Sur, cuya Constitución establece que para la interpretación de los derechos humanos contenidos en ella, los jueces *deberán* tomar en cuenta el derecho internacional, y *podrán* tomar en cuenta el derecho extranjero.⁷⁹⁰

En suma, la dogmática constitucional sigue teniendo el objetivo de generar y sistematizar conceptos y categorías que sirvan para resolver problemas de operación del sistema jurídico. Sin embargo, esa la labor ya no se basa nada más en el texto de la Constitución nacional.

X. ¿PLURALISMO CONSTITUCIONAL?

Debemos fijar una postura en relación con el debate relativo al pluralismo constitucional. En nuestra opinión, todo depende del concepto de Constitución que se adopte, así como de la forma de entender el constitucionalismo. Pero un paso previo es decidir si en este ejercicio se ha de adoptar una postura esencialista (realismo verbal) o bien una concepción convencionalista identificada con la filosofía analítica. ¿Hay una sola definición válida que refleja la *esencia* de lo que es la Constitución?; ¿la Constitución *es*, independientemente de lo que los seres humanos pueden crear o cambiar a través del lenguaje?

O bien, ¿no existe una sola definición válida que corresponda a una supuesta esencia de la Constitución, sino que puede haber definiciones establecidas por los seres humanos, quienes pueden elegir diversos símbolos para referirse a cualquier clase de cosas, si bien suele haber un acuerdo convencional para nombrarlas?

Nosotros adoptamos una postura no esencialista o constructivista. Es decir, el ejercicio de asignar un significado al concepto de Constitución no debe traducirse en un esfuerzo por captar cuál es la verdadera esencia de la Constitución. Más bien, el significado del término ‘Constitución’ debe estar encaminado a encontrar las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra. Debemos entonces indagar cómo se emplea efectivamente esa palabra en el lenguaje especializado (plano descriptivo), lo cual no significa que ese empleo no pueda variar. Es decir, es posible variar las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de una palabra, lo cual se puede constatar cuando se revisan los debates acerca de cómo debería usarse aquella (plano prescriptivo).

⁷⁹⁰ Constitución de la Republica de Sudáfrica, promulgada el 18 de diciembre de 1996.

Ahora bien, sobre esta base, consideramos que las reglas convencionales que determinan el empleo de la palabra ‘Constitución’ en el mundo actual han llevado a asignarle un significado caracterizado por aspectos formales y aspectos sustantivos. Entre los primeros encontramos las características referidas a un documento que contiene el conjunto de normas fundamentales de un Estado, de rango o jerarquía superior, en el que además se prevén los mecanismos básicos para la creación del resto de las normas del sistema. Entre los segundos, están los valores y fines del constitucionalismo como ideología: limitación del poder público, separación de poderes y la garantía de los derechos humanos (derechos identificados con las vertientes liberal, social y democrática).⁷⁹¹

Si ese es el significado de Constitución, entonces no hay espacio para entender que existe algún tipo de pluralidad de Constituciones ‘más allá del Estado’. Y si esto es así, no puede hablarse de ‘Constituciones parciales’, es decir, de ámbitos normativos distintos a la Constitución del Estado nacional, que también sean constitucionales, siendo todos ellos partes de una especie de ‘pluriverso’ constitucional total.

Sin embargo, lo anterior no significa que ‘lo constitucional’ solamente pueda encontrarse en el marco de la Constitución del Estado nacional. Y aquí es en donde entra en escena el concepto de constitucionalismo, como una corriente ideológico-política que tiene, al menos, un componente liberal, uno social y otro democrático. De esta manera, habría que indagar si existe algún orden normativo por fuera del Estado, que conecte con todos y cada uno de los componentes del constitucionalismo moderno. Si pudiéramos encontrar tal orden normativo, estaríamos no ante una ‘Constitución’, pero sí ante un orden de naturaleza constitucional (en el sentido de que participa de los valores y fines del constitucionalismo).

En nuestra opinión, existe un ejemplo claro de ese tipo de orden normativo: se trata del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Al igual que la Constitución del Estado nacional, el DIDH consagra y protege derechos y libertades individuales, pero también derechos sociales, económicos y culturales. En ambos casos el fin último es la protección de la dignidad humana de todas las personas, por el solo hecho de ser personas.

De esta manera, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH) generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales constitucionales nacionales (y en el caso de México, conecta también con el discurso constitucional de los tribunales que empiezan a ejercer el ‘control

⁷⁹¹ Aguiló Regla, Josep, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 441, 450 y 451.

de convencionalidad’). Es en este sentido que puede hablarse de pluralismo constitucional.

Desde la perspectiva del discurso, estamos ante un cambio que merece ser señalado. Dicho cambio se refiere a la circunstancia apuntada por Kjoer, en el sentido de que el contexto usual del discurso jurídico había sido hasta tiempos relativamente recientes el Estado nacional y el sistema jurídico nacional. Sin embargo, hoy el discurso constitucional ya no está confinado al sistema jurídico nacional. Al contrario, se trata de un discurso que cada vez más trasciende las fronteras nacionales.⁷⁹²

Con lo anterior, se están sentando las bases para generar cambios en los sistemas jurídicos nacionales y en su lenguaje jurídico-constitucional. Como afirma Kjoer:

Quando el discurso jurídico se convierte en internacional, cuando la argumentación jurídica ya no está confinada a los sistemas jurídicos nacionales, cuando los actores jurídicos entran en una comunidad interpretativa internacional, se han puesto los cimientos para un cambio en el significado de conceptos jurídicos nacionales que reflejan lo que pasa en un discurso jurídico internacional y transcultural.⁷⁹³

Por otra parte, desde la perspectiva de los agentes productores de discurso constitucional, estamos, por un lado, ante un fenómeno de diálogo-competencia en la interpretación de fuentes normativas que se entrecruzan, por regular, en ciertos ámbitos, las mismas materias (Constituciones nacionales y DIDH). Como ya mencionamos, dichos agentes son órganos localizados de distintas sedes, cada uno de los cuales ejerce un control sobre determinada porción o parcela de un esquema complejo de protección de derechos humanos complejo, que se da en niveles distintos. Un esquema en el que, además, ninguno de los órganos involucrados tiene un control total y completo sobre el conjunto, sobre su operación, funcionamiento, eficacia y resultados. Se trata, en suma, de un escenario de pluralismo interpretativo, que en algunos casos, como en México, ha llevado a una especie de lucha por el control del derecho.⁷⁹⁴

⁷⁹² Kjaer, Anne Lise, “A Common Legal Language in Europe?”, en Hoecke, Mark van (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 377-398. En específico, la autora centra su atención en cómo el cambio en el discurso legal puede provocar cambios hacia la convergencia de los sistemas jurídicos nacionales y sus lenguajes en Europa.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 394.

⁷⁹⁴ Lucha similar a la que se dio entre profesores de derecho (con Savigny a la cabeza) y legisladores en la Alemania del siglo XIX. Véase Caenegem, R. C. van, *Judges, Legislators and*

Asimismo, es posible encontrar diversos órdenes normativos que conectan parcialmente con la tradición del constitucionalismo moderno. Entre ellos se encuentran los esquemas de la OMC y del TLCAN. Decimos que conectan parcialmente porque, efectivamente, entroncan claramente con la tradición liberal, que enfatiza el control del poder estatal frente a la esfera jurídica de los particulares. Ello, no obstante, los referidos órdenes normativos no participan del elemento social y democrático que, según las actuales y vigentes reglas convencionales de uso del término ‘constitucionalismo moderno’, son componentes de éste.

En la medida en que participan del componente liberal del constitucionalismo, los esquemas de la OMC y del TLCAN son capaces de establecer límites a la capacidad regulatoria de los Estados nacionales. Específicamente, los tribunales arbitrales de esos esquemas están facultados y han sido capaces de desarrollar razonamiento práctico para limitar a la autoridad. Sin embargo, esto no los hace constitucionales en el sentido integral y denso al que aquí hemos aludido.

XI. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Finalmente, ¿puede el derecho constitucional comparado no resultar afectado por los fenómenos empíricos y reformulaciones conceptuales anteriormente referidas?

Nuestra posición es que el derecho constitucional comparado debe superar el esquema conceptual y agenda de trabajo académico trazado en el Congreso de Derecho Comparado celebrado en 1900 en París, y hacer esfuerzos por avanzar hacia un programa de investigación que incorpore elementos de un universo jurídico muy distinto, y más complejo que el existente a inicios del siglo pasado.

En efecto, ya autores como Mathias Reimann han señalado que el derecho comparado en general se encuentra muy desfasado en la actualidad, debido a que sus premisas pertenecen a una realidad jurídica que hace tiempo quedó atrás.⁷⁹⁵ Como disciplina —afirma este autor—, el derecho

Professors. Chapters in European Legal History, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 51 y 52. Citado por Greven, Walter van, “Codifying European Private Law”, en Hoeck, Mark van (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, pp. 142 y 143.

⁷⁹⁵ Reimann, Mathias, “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1103.

comparado se quedó anclado en el concepto del Congreso de París (la comparación de sistemas jurídicos nacionales) y no ha sido capaz de integrar regímenes transnacionales que han adquirido gran relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX. De esta manera, el derecho comparado ha sido “ciego” en relación con una gran variedad de elementos de la realidad jurídica cada vez más importantes (por ejemplo, la Unión Europea, el esquema de la OMC, los tratados de libre comercio y sus regímenes de resolución de disputas, la estructura de la ONU, los sistemas regionales de protección de derechos humanos, entre otros).⁷⁹⁶

En vista de lo anterior, consideramos que es posible ampliar a nuevos campos el estudio comparativo, más allá de la visión centrada en la comparación entre Constituciones, entre instituciones constitucionales específicas de los Estados nacionales. Uno de esos campos es el que ya mencionamos, relativo a la jurisprudencia constitucional comparada, en sus distintas vertientes: entre jueces constitucionales domésticos; entre estos y jurisdicciones supranacionales; entre jurisdicciones supranacionales, e incluso, si hemos de seguir la sugerencia de Schneiderman sobre el análisis del cambio en la cultura constitucional, habrá también que incorporar en los de alguna manera estudios comparativos, los criterios jurídicos que surjan de otros órganos no estatales que deciden casos vinculados a materias típicamente constitucionales.

Otra perspectiva muy importante puede ser la que busque analizar la medida en que el derecho constitucional nacional puede contribuir a generar principios, reglas, categorías, conceptos, doctrinas, instituciones y mecanismos que sirvan para resolver los problemas de articulación y coordinación que se generan con la interacción de distintos niveles de gobernanza en la era actual, que abarca lo local, regional, nacional, supranacional y global.

La necesidad de innovación teórica y conceptual salta a la vista: resulta que ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; ocurre también que esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales, y sucede también que cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos, sucede que ha habido una gran expansión del llamado *soft law* (no vinculante, pero en muchos casos eficaz), en cuya producción

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 1105.

participan actores no estatales, y, finalmente, ocurre que la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.⁷⁹⁷

Ante fenómenos como los apuntados, la teoría constitucional ya ha comenzado a reaccionar. Por ejemplo, cito la propuesta del profesor Gomes Canotilho, quien desarrolla una teoría de la interconstitucionalidad, la cual estudia las relaciones interconstitucionales, es decir, la concurrencia, convergencia, yuxtaposición y conflicto de varias Constituciones y de varios poderes constituyentes en el mismo espacio político. Lo anterior, si bien no es enteramente nuevo, pues la teoría del Estado federal trata estos temas, sí es cierto, como señala Gomes Canotilho, que lo específicamente novedoso en la actualidad es: 1) la existencia de una *red de Constituciones* de Estados soberanos; 2) las *turbulencias* producidas en la organización constitucional de los Estados constitucionales por otras organizaciones políticas (por ejemplo; supranacionales); 3) la *recombinación* de las dimensiones constitucionales clásicas a través de sistemas organizativos de tamaño superior; 4) la articulación de la *coherencia constitucional* estatal con la diversidad de Constituciones integradas en la red interconstitucional; 5) la creación de un esquema jurídico-político caracterizado por un grado suficiente de *confianza condicionada* entre las diferentes Constituciones imbricadas en la red y la ‘Constitución’ que revela la organización política de tamaño superior.⁷⁹⁸

En suma, la teoría de la interconstitucionalidad postula la articulación entre Constituciones, la afirmación de poderes constituyentes con fuentes y legitimidades diversas y la comprensión de la fenomenología jurídica y política favorable al pluralismo de ordenamientos y de normatividades.⁷⁹⁹ Como esta formulación sugiere, existe toda una agenda de la teoría de la Constitución, que deberá discutir cómo articular o cuadrar los temas ‘viejos’ con los temas ‘nuevos’.

Finalmente, el análisis que hemos realizado a lo largo de este trabajo nos muestra cómo es que la línea antes pretendidamente clara entre derecho nacional y derecho internacional tiende a hacerse borrosa o difusa, y lo mismo puede decirse en la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. A su vez, esto nos lleva a la siguiente pregunta:

⁷⁹⁷ Reimann, *op. cit.*, p. 1108; y Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

⁷⁹⁸ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2004, p. 93.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 94.

¿cómo garantizar la protección de valores del constitucionalismo en una estructura tan compleja que abarca desde lo municipal y local hasta lo nacional y supranacional?, ¿cómo lograr en este esquema la mejor protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas, en última instancia, de la dignidad humana? La respuesta parece estar no solamente en el Estado nacional y sus instituciones. Las nuevas realidades nos obligan a hallar la respuesta en una perspectiva multinivel, que sirva para aproximarnos de una manera adecuada a temas que son añejos en el vagaje histórico del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y su garantía, así como la distribución de poderes (entre los distintos niveles); el establecimiento entre ellos de frenos y contrapesos, y la definición de las relaciones e interacciones entre los distintos niveles. Ese es uno de los retos del constitucionalismo en el siglo XXI.⁸⁰⁰

⁸⁰⁰ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 262-264.