

EL CONCEPTO DEL *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

SUMARIO: I. *Problemática a tratar*. II. *Globalización y gobernanza global*. III. *Retos del derecho público en el contexto de la globalización*. IV. *Elementos para el diseño de una agenda de investigación*. V. *Conclusión*.

I. PROBLEMÁTICA A TRATAR

El derecho constitucional, como sector de normas jurídicas y como disciplina, descansa sobre una forma específica de entender el concepto mismo de Constitución: se trata de un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.¹ Como se puede apreciar, se trata de una concepción centrada en el Estado nacional.

Sin embargo, y esta es la premisa de la cual parte mi análisis en este ensayo, en la era de la llamada *globalización* existen fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional.² Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-na-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

¹ Saunders, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006, p. 50.

² Para una reflexión más extensa y detallada sobre este tema y otros vinculados con el impacto de la globalización en el derecho constitucional mexicano, se puede revisar mi trabajo titulado *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

ción, y ello obliga, por un lado, a reflexionar sobre el impacto e implicaciones que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los estados nacionales y más en general sobre sus sistemas jurídicos; y, por otro lado, a replantearnos la función y alcances del derecho constitucional como disciplina (en las vertientes de la teoría constitucional, la dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado).³

II. GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA GLOBAL

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por *globalización*? Sin pretender entrar en este trabajo en un debate que ha ocupado a connotados científicos sociales en los últimos años,⁴ sostenemos que la globalización se caracteriza por: 1) la intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; 2) el surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; 3) el surgimiento de nuevos actores en la política internacional; 4) la formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales, y 5) la emergencia de problemas de dimensión planetaria. Por otra parte, y para tratar de aclarar más nuestra comprensión del referido fenómeno, consideramos importante tener claro lo que la globalización *no* es: la globalización no es un concepto unitario pues se refiere a procesos y dimensiones distintas; tampoco es enteramente nueva, pues responde a tendencias históricas seculares con antecedentes

³ Un punto de partida similar al aquí planteado se puede encontrar en el trabajo de Himsforth, para quien las constituciones, como se entienden en los tiempos modernos, son conceptualmente inseparables de los estados. Las constituciones que definen los límites del poder público, que atribuyen autoridad legítima entre órganos públicos; y que determinan derechos y deberes de los ciudadanos, presuponen un Estado en relación con el cual esos procesos puedan ocurrir. Las reglas constitucionales no tendrían ningún sentido si no se les ve operar dentro del compás de un Estado, definido por referencia a una población y territorio identificables. Para este autor, es el Estado lo que da todo sentido a la tradicional discusión —analítica y normativa— de los principios y valores que informan las reglas de la Constitución misma. Himsforth, C. M. G., “In a State No Longer: The End of Constitutionalism?”, *Public Law*, 1996, pp. 639-648.

⁴ Como por ejemplo Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización, sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003; Bartelson, Jens, “Three Concepts of Globalization”, *International Sociology*, vol. 15, No. 2, junio de 2000; Therborn, Göran, “Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, vol. 15, No. 2, junio de 2000.

identificables; no es regular, sino irregular;⁵ y no significa universalidad ni implica homogeneidad.⁶

Por otra parte, consideramos que el análisis del término “gobernanza” puede servir de base para generar un marco conceptual que nos ayude a entender las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos de tener un significado único y aceptado por todos. Ello no obstante, puede identificarse 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. Dicho lo anterior, partiremos de una distinción entre la dimensión doméstica o interna del concepto de gobernanza, y la dimensión internacional o global del referido término, en el entendido de que en el presente ensayo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Pero debemos tener presente que la revisión de las dos dimensiones es lo que ha de permitir reconocer de manera integral algunas de las transformaciones que experimenta el Estado en la era de la llamada globalización.⁷

Gobernanza es un concepto que en su connotación actual, es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales. Al lado de otros conceptos como “governabilidad” y “nueva ges-

⁵ Es decir, su impacto en los diversos países es variable, dependiendo de diversas circunstancias, tales como la posición del Estado en el sistema político-militar mundial; la posición del Estado en la división internacional del trabajo; la consolidación interna de las instituciones del Estado-nación, entre otras.

⁶ Keohane y Nye explican estas dos últimas características con algunos ejemplos: a pesar que existen ciertos procesos que hemos identificado como globalización, millones de personas (la mayor parte de la humanidad, de hecho) no tienen acceso a computadoras, ni a Internet, ni siquiera a teléfonos; cientos de millones de personas viven como campesinos pobres en pueblos remotos sin conexión con los mercados globales o con el flujo de ideas. Además, el mundo está lejos de una convergencia en torno a ciertos valores e instituciones (piénsese, por ejemplo, en la división entre el mundo cristiano y el mundo musulmán). Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr., “Introduction”, en Nye, Joseph y Donahue, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2000, pp. 2-3.

⁷ Un análisis extenso del concepto de gobernanza puede encontrarse en mi ponencia titulada “Reflexiones en torno al concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico”, que ha sido publicado en las *Memorias del Seminario Permanente de Derechos Humanos. V Jornadas*, coordinado por Luis T. Díaz Müller. El seminario tuvo lugar el 29 de octubre de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y también en mi trabajo titulado, *Globalización y gobernanza: Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (Contribución para una interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, 2010.

ción pública”, es manifestación de una serie de cambios que han ocurrido tanto a nivel de concepción teórica como de realidad empírica acerca de lo que el Estado *es*, y de lo que *debiera ser*.

Como observa Aguilar Villanueva, gobernabilidad, gobernanza (y, nosotros añadimos, la “nueva gestión pública”) son conceptos de alguna manera “emparentados” o articulados alrededor de la misma problemática (la del gobierno o dirección de la sociedad), si bien hacen referencia a distintas interrogantes y realidades.⁸ Incluso puede afirmarse que, en cierta forma, el debate sobre el concepto de gobernabilidad, con la connotación general que se le dio en la ciencia política a partir de finales de los años setenta del siglo XX, anunció el surgimiento del concepto de gobernanza en su significación actual.⁹

Ahora bien, una de las vertientes por las que se puede analizar el impacto de la llamada globalización sobre el ámbito jurídico, es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *gobernanza* y, más específicamente, del concepto *gobernanza global*. Como se verá más adelante, dicho concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los estados nacionales. A su vez, lo anterior ha abierto debates sobre el papel del derecho en lo que algunos califican como un “contexto post-nacional”.¹⁰

La discusión sobre la llamada “gobernanza global” corre por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la *gobernanza* en su dimensión interna o doméstica, si bien se pueden encontrar importantes puntos de contacto entre ambas perspectivas.¹¹ Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto, se puede encontrar en el trabajo de Keohane

⁸ Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre “gobernabilidad y “gobernanza”. Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión Pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 38.

⁹ Al parecer, el término “gobernanza” proviene del francés, de donde pasó al inglés, siendo entendido primero como “dirección de navíos”, si bien posteriormente fue ampliando su significado hacia ideas como las de “gobierno”, “administración” y “dirección”. Ver Sánchez González, José Juan, *Gestión pública y governance*, 2a. ed., Toluca, Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2006, p. 18.

¹⁰ Douglas Chalmers desarrolla este concepto en su artículo “Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, No. 1, marzo de 2001, pp. 178-217.

¹¹ No examinamos en el presente ensayo el concepto de gobernanza en su dimensión interna. Simplemente mencionaremos que dicho concepto alude, ya sea a una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad “más allá del Estado”, es decir, con la corresponsabilidad de actores no estatales, o bien, se asocia a la noción de “good governance”, ligada a las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, dirigidas a los estados para lograr la estabilidad económica y el cambio estructural

y Nye. Estos autores parten de la siguiente concepción general de gobernanza, entendida como

...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no gubernamentales (ONGs) y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental.¹²

En su intento por explicar la noción de gobernanza (global), Keohane y Nye observan que la globalización está teniendo un efecto sobre los estados, y en especial sobre los mecanismos tradicionales (inter-gubernamentales) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de estados (es decir, sobre los mecanismos tradicionales de *gobernanza* a nivel internacional). Sin embargo —afirman— el efecto sobre los Estados no significa que éstos se hagan obsoletos sino que el Estado nación está siendo complementado con otros actores, privados y del “tercer sector” (por esto entienden, fundamentalmente, las ONGs), en una geografía más compleja. Así, para ellos el Estado nación es aún el actor más importante en el escenario de la política global, pero no es el único actor importante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia.¹³

Por otro lado, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los estados nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de éstos, existe hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la genera-

(entre las cuales se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público, como lo son las privatizaciones y la llamada “nueva” regulación).

¹² Keohane y Nye, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 12.

¹³ Se refieren a estas estructuras de gobernanza como “networked minimalism”: “Networked- because globalism is best characterized as networked, rather than as a set of hierarchies. Minimal- because governance at the global level will only be acceptable if it does not supersede national governance and if its intrusions into the autonomy of states and communities are clearly justified in terms of cooperative results”. *Ibidem*, pp. 12-14.

ción 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 dichas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es aceptable o efectiva.¹⁴

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre estados, organizaciones intergubernamentales y actores no estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONGs internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así atender los problemas globales.

El escenario planteado por los fenómenos, procesos y actores vinculados con el concepto de gobernanza global nos obliga a intentar una interpretación, si no es que un diagnóstico, desde la perspectiva del derecho público. Esto es así, en razón de que con aquél 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, lo que aquí hemos afirmado acerca de la gobernanza global nos muestra indicios que inducen por lo menos a revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

Ahora bien, debemos también mencionar que ya desde los años ochenta del siglo XX Sorensen observaba la emergencia de un campo formado por estructuras organizacionales creadas a nivel internacional a través de tratados, que no solamente prescriben ciertas reglas de conducta para los estados que son parte, sino que además crean órganos a los que se les otorgan ciertos poderes. Una parte esencial de esos tratados consiste en reglas relativas a competencias, que por medio de criterios positivos o negativos determinan los poderes de los órganos. A ese campo, Sorensen le dio el nombre de “órdenes jurídicos autónomos a nivel internacional”.¹⁵ Es decir, a través de tratados, ciertos órganos reciben de los estados atribuciones para realizar ciertas tareas, y para ello emplean ciertas formas jurídicas y establecen límites jurídicos, lo cual constituye fenómenos jurídicos que son similares –dice Sorensen– a las constituciones de los estados.¹⁶

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como subsistemas autónomos, ante lo cual –sostiene el referido autor– la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵ Sorensen, Max, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, Part 3, julio de 1983, p. 562.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 562-563.

especiales que hacen posible la identificación de subsistemas autónomos. Así, para Sorensen, tales características tendrían que ser detectadas sobre todo en los campos de creación y aplicación de derecho y de resolución de disputas.¹⁷

Consideramos que la indicación de Sorensen es particularmente útil, en razón de que nos da criterios jurídicos y formales para determinar el carácter “semi-autónomo” de un orden jurídico creado a nivel internacional. Con base en esa orientación, podemos adelantar la premisa de que en el horizonte mexicano se puede ver al menos cuatro órdenes jurídicos a nivel internacional en los que existen órganos que crean y aplican derecho de manera autónoma, y cuyas decisiones son vinculantes para el Estado mexicano: los órganos de resolución de disputas de la OMC; los órganos de resolución de disputas del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los del Capítulo 19 del propio TLCAN y, en otro ámbito, con otra cobertura y respecto de otros sujetos y objetos de protección, los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano. Además, debemos sumar a esta lista la influencia que algunas instituciones de la gobernanza global económico-financiera han ejercido sobre el cambio normativo en México: se trata del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.¹⁸

Si la creación y aplicación de derecho por parte de dichos órganos incide, o tiene el potencial de incidir de alguna forma, en los arreglos constitucionales de los estados nacionales, entonces podremos identificar otro de

¹⁷ Cabe señalar que la conclusión de Sorensen es que, efectivamente, existe una multitud de sistemas independientes, lo que le lleva a preguntarse si eso lleva a la fragmentación del orden jurídico universal. Sin embargo, ve evidencia de que el orden jurídico internacional engloba a la gran variedad de órdenes jurídicos autónomos como sub-sistemas. Existen mecanismos que sirven para entrelazar los sub-sistemas jurídicos y combinarlos en sistemas superiores, incluso cuando no hay una integración formal. *Ibidem*, pp. 564 y 575-576.

¹⁸ Stephen Zamora ha observado lo que denomina “presiones legislativas desde arriba”, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo en el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos encontraría completamente inapropiada. Zamora, Stephen, “Allocating Legislative Competence in the Americas: The Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, 1997, pp. 640-641.

los puntos clave que forman parte del planteamiento que el presente ensayo pretende presentar para la discusión.

III. RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

La realidad del derecho en la era de la globalización nos presenta un escenario como el siguiente: ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra- o internacional; asimismo, esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales. Por otra parte, 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; y sucede también que ha habido una gran expansión del llamado “*soft law*” (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción participan en muchos casos 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.¹⁹

De hecho, sostenemos que es posible plantear una serie de hipótesis, que de verificarse en la realidad plantean problemáticas que las categorías tradicionales del derecho público no pueden resolver. En este sentido, consideramos que dichas categorías (que en su conjunto integran lo que podríamos llamar el modelo tradicional del Estado constitucional y democrático de derecho), enfrentan problemas importantes cuando se les confronta con hipótesis como las siguientes:

1. Si existen procesos de “trasplante jurídico”, “difusión del derecho”, “circulación de instituciones jurídicas” que rompan o por lo menos debiliten la idea de un sistema jurídico nacional que expresa los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Pensemos, por ejemplo, en ciertos modelos normativos que ponen en circulación y promueven instituciones

¹⁹ Véase Reimann, Mathias W., “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1108, y Choudhry, Sujit, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en donde la asistencia financiera se vincula a la asistencia técnica que tiene impactos relevantes en los sistemas jurídicos de muchos países. En este tema, Fix-Fierro y López Ayllón han vinculado la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región 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, lo que en algunos casos-afirman- implicó reformas constitucionales sustanciales, así como la entrada al esquema de la OMC.²⁰

2. Si existen instancias en las cuales, si bien el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²¹

3. Si es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal.²²

4. Si es posible encontrar, al lado del Estado, nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado.²³

5. Si es posible encontrar circunstancias en que el Estado no es 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; si existe algún régimen normativo que niegue al Estado el control exclusivo de personas, o bien, de recursos materiales

²⁰ Reportan Fix-Fierro y López Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Sin embargo, no especifican cuáles reformas constitucionales se realizaron en México en este contexto. 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, No. 3, 1997, pp. 792-795.

²¹ Uso aquí una hipótesis de Delbrück, quien afirma que esto es precisamente lo que está sucediendo en muchas áreas. Ver Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, No. 1, 2003, pp. 29-30.

²² Aludimos aquí al poder de grandes empresas transnacionales o a órganos como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

²³ En el contexto mexicano, pensamos por ejemplo en los tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en materia de protección de la inversión extranjera (Capítulo 11) y en materia *anti-dumping* (Capítulo 19).

e institucionales dentro de sus fronteras territoriales; y si además es posible encontrar circunstancias en que el Estado no tenga la exclusividad en la producción de Derecho.²⁴

6. Si hay normas de contenido constitucional que no están en el texto de la Constitución; si la Constitución no es necesariamente la norma de jerarquía superior en un sistema jurídico y si aparte de la Constitución existen otras normas que puedan servir como parámetro para ejercer un control normativo y en su caso expulsar normas del sistema; si existen órganos de última instancia, más allá del juez constitucional nacional, que realicen tal función de control normativo; si el juez constitucional no solamente aplica la Constitución nacional, sino otro tipo de normas; y si hay otras normas, aparte de la Constitución, que sirvan para determinar el significado del resto de las normas del sistema.²⁵

Si una, varias o todas estas hipótesis se dan en la realidad, entonces estamos ante un cambio profundo en el objeto de estudio del derecho público en general y del derecho constitucional en particular, como hasta ahora los hemos entendido, lo cual requiere de una revisión por el posible impacto que dicho cambio pueda tener en las dimensiones descriptiva-explicativa y prescriptiva del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, y también del derecho constitucional comparado.

IV. ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

Si es verdad que los procesos asociados a la globalización y la gobernanza global presentan problemas que concepciones tradicionales del derecho constitucional y el derecho internacional no pueden resolver, ¿cómo generar nuevas categorías? En el presente ensayo proponemos dirigir nuestra atención a tres esferas en las que podrían encontrarse “ladrillos” para ir construyendo una visión que responda a las necesidades y realidades actuales, a saber: 1) teorías del derecho “no jerárquicas”; 2) el examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en

²⁴ Como ejemplo de este fenómeno, podemos citar, además de los ya referidos tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁵ El ingreso de México al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con todas sus implicaciones y consecuencias, está llevando a que estas hipótesis se conviertan en una realidad del sistema jurídico nacional.

la Edad Media, se dio la coexistencia de órdenes jurídicos (el *ius commune* y el *ius proprium*), y 3) búsqueda en el derecho constitucional comparado de “soluciones” a situaciones de coexistencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio (por ejemplo, en los sistemas federales).

1. Teorías del derecho “no jerárquicas”

Como señalan van de Kerchove y Ost, si alguna representación hay que parece dominar el pensamiento jurídico es, sin duda, la idea de que el derecho es un sistema fundamentalmente jerarquizado. Y una de las consecuencias de ello sería aparentemente que la aplicación de una norma jurídica constituye una actividad subordinada a su creación y que entre ellas sólo puede existir una relación puramente lineal y jerárquica, fundándose siempre la inferior en la superior que la determina. Se trata de una representación que se puede calificar como de “sistematicidad lineal” (en la concepción tradicional de sistema jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Kelsen).²⁶

¿Hay alguna alternativa a esta representación del derecho?

Algunos autores hablan de “sistematicidad circular”; otros, de “jerarquías enredadas” que, sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional, introducen factores de retroalimentación e intercomunicación.²⁷ Podría explorarse las posibilidades de este tipo de alternativas, y su posible utilidad para aplicarse en la generación de un discurso de coordinación entre jurisdicciones.

Vale la pena mencionar que en la práctica judicial mexicana se puede percibir ya intentos por conceptualizar de una manera distinta al artículo 133 constitucional, que tradicionalmente se ha entendido en términos de jerarquía normativa. En efecto, en el voto particular del ministro Juan Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002 se puede ver el desarrollo de una interpretación no jerárquica de dicho artículo. En este sentido, afirma el ministro Silva que el artículo 133 de la Constitución mexicana, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la Norma Fundamental que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en tér-

²⁶ Kerchove, Michel van de y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 102.

²⁷ *Ibidem*, pp. 102-104.

minos expresos del propio numeral en mención. Así, lo que establece el 133 es que, de una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, de otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Dicho en otras palabras, el artículo 133 de la Constitución mexicana establece las normas del sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, ya que “no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos”. Pero reconoce que la única jerarquía que hay en el 133 es la de la Constitución general de la República, frente a todo el sistema jurídico.

Razona el ministro Silva Meza:

A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.

Por otra parte, y para avanzar en este camino, el ministro Silva propone un principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacional, que

...es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, final-

mente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.

Asimismo, considera el ministro Silva que para la implementación de este principio interpretativo de apertura, es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, mismo que encuentra su origen en el propio texto constitucional, o más exactamente, en la apertura política en la que incurren las constituciones cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo:

El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera abstracción jurídica en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.

El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.

Finalmente, para Silva Meza:

La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque de constitucionalidad generaría que el conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.

Podemos ver aquí un esfuerzo por entender la relación entre derecho nacional y derecho internacional, en términos distintos a los jerárquicos. ¿Hasta dónde es posible llevar este esfuerzo?

2. *El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la co-existencia de órdenes jurídicos (el ius commune y el ius proprium)*

El *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa, que vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrolladas por glosadores y comentaristas. Dicho cuerpo suponía la existencia de dos niveles normativos y de autoridad:

a) Un nivel “universal”, correspondiente al Sacro Imperio Romano Germánico (encarnado en el emperador) y con aspiraciones de lograr una unidad normativa (*ius commune*), y

b) Un nivel “particular”, correspondiente a las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Imperio (personificados por reyes y príncipes), tendiente a la fragmentación normativa (*ius proprium*).

El *ius commune* medieval, que tuvo una dimensión transnacional conducente a su adaptación diferenciada en los espacios político-territoriales en que pretendió operar, implicó la recepción de:

- Un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual
- La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico
- Un método para la argumentación lógica²⁸

Lo que deseamos proponer en este apartado es que aproximarse a fuentes primarias de autores medievales, a los testigos presenciales del fenómeno *ius commune-ius proprium* medieval y su problemática, podría ser útil para construir categorías que respondan a las necesidades y problemática actuales. En este sentido, vale la pena recordar a autores como Bártolo de Sassoferrato (1315-1357) y Baldo de Ubaldi (1327-1400), ambos “comentaristas” del siglo XIV, quienes estaban integrando, con su labor, elementos procedentes de diferentes bloques normativos y construyendo por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, en un proceso que tomaba como punto de referencia la práctica del derecho y los problemas de la sociedad. Por otro lado, la labor de autores como Bártolo y Baldo significaron cauces de penetración y difusión de la cultura jurídica de tradición

²⁸ Fernández Barreiro, Alejandrino, “Un Derecho sin Espacios: Derecho Romano, *Ius Commune* y Derecho Común Europeo”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, no. 8, 2004, p. 313.

romanística en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho.²⁹ Y es que los juristas del siglo XIII y XIV, que se encuentran en el origen del *ius commune*, se enfrentaron al problema de cómo introducirlo en la práctica: ¿cómo lo hicieron?, ¿qué conceptos y categorías jurídicas crearon para hacerlo? Esta es una línea de investigación que podría ser útil seguir, si bien bajo la óptica de la problemática actual.

El examen de los problemas de co-existencia del *ius commune* y el *ius proprium* puede ayudar a identificar fórmulas jurídicas o de manera más general, un lenguaje para ordenar dicha co-existencia. Por ejemplo, en Francia, la Corona de manera temprana empezó a consolidarse como representante de la soberanía nacional. Por ello es que la “recepción” del *ius commune* en dicho país resultaba más “incómoda” que en otros lugares, pues recordemos que detrás del *ius commune* estaba la autoridad del Sacro Imperio Romano-Germánico y del Papa. Frente a esta situación, los juristas franceses idearon una fórmula de conciliación bien conocida en la historia del derecho medieval: desde la perspectiva de la potestad real, se postuló que *rex imperator in regno suo* (“el rey es el emperador en su reino”), en tanto que desde la perspectiva de la vigencia del derecho romano *non ratione imperii sed imperio rationis* (“no la razón del imperio, sino el imperio de la razón”).³⁰

Por otro lado, conviene recordar que el *ius commune* fue decantándose como principios generales de derecho que permitían su aplicación directa en la práctica judicial y que podía servir para informar la legislación de los estados en particular. En este sentido, nos explica Fernández Barreiro:

El derecho romano enseñado en los centros universitarios se considera válido como aprendizaje de los principios racionales de justicia y equidad, así como de las reglas de una refinada técnica jurídica; se admite que el conocimiento de esos principios prepara al jurista para una más recta comprensión de las costumbres en vigor y, a falta de apoyo normativo de éstas o en el derecho regio, pueden aquéllos utilizarse también en la práctica judicial.³¹

Por último, y en esta misma línea, podemos identificar en fuentes medievales un principio que sirvió para expresar la unidad indisoluble del derecho romano y el derecho canónico como característica del *ius commune*: *utrumque ius* (uno y otro derecho),³² que autores contemporáneos han deno-

²⁹ *Ibidem*, p. 316.

³⁰ *Ibidem*, p. 318.

³¹ *Idem*.

³² Castro-Camero, Rosario de, “*Ius Commune*: Fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 671-700.

minado “principio de subsidiariedad recíproca”.³³ ¿Podría construirse un “principio de subsidiariedad recíproca” que sirviera para organizar las relaciones entre órdenes jurídico-normativos que existe en el mundo actual?

3. *Búsqueda en el derecho constitucional comparado de “soluciones” a situaciones de co-existencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio*

El derecho comparado puede ser otra veta a explorar en busca de conceptos y técnicas que sirvan para mediar conflictos y organizar el contexto de pluralismo normativo existente en la actualidad. Un ámbito obvio para emprender esta tarea se encuentra en los sistemas federales, es decir, en éstos se puede encontrar doctrinas y fórmulas para ordenar la co-existencia de órdenes jurídicos y de interacción entre tribunales adscritos a los diversos órdenes. Tal es la propuesta de Ernest A. Young, quien con la clara intención de construir diques a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales en relación con los Estados Unidos de América, propone acercarse al debate “interjurisdiccional” norteamericano y tomarlo como modelo para construir una relación adecuada entre tribunales internacionales y tribunales de su país.³⁴

Young comienza por identificar la necesidad de desarrollar doctrinas y prácticas institucionales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas. Ante esto, observa que los juristas de los Estados Unidos han examinado por muchos años problemáticas similares, al operar un sistema dual de justicia, dos sistemas paralelos de tribunales, cada uno con competencia para aplicar dos sistemas jurídicos paralelos.³⁵ Después de notar que este campo ha sido dominado por un paradigma en particular, el de la “Escuela del Proceso Legal” (*Legal Process School*), cuyos pioneros fueron Hart, Wechsler y Albert Sacks, sostiene que el desarrollo de reglas inter-jurisdiccionales en la relación entre los tribunales supranacionales y los domésticos, puede encontrar luz en dicho paradigma.³⁶ Propone una nueva agenda de investigación, consistente en extender las categorías generadas en el ámbito inter-jurisdiccional del sistema federal de los Estados Unidos hacia afuera.

³³ Fernández Barreiro, *op. cit.*, *supra* nota 28, p. 315.

³⁴ Young, Ernest A., “Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System”, *Duke Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 1143-1261.

³⁵ *Ibidem*, p. 1148.

³⁶ El libro de referencia es el de Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 6a. ed., Westlaw, 2009.

De esta manera, Young propone examinar las reglas de justiciabilidad, como las que se encuentran en las doctrinas sobre legitimación procesal, sobre la “madurez” de los asuntos (*ripeness*),³⁷ o sobre la irrelevancia jurídica de un caso (*mootness*), mismas que determinan quiénes pueden acudir a un tribunal y en qué momento, y limitan las oportunidades de los tribunales para ejercer sus atribuciones. Asimismo, Young se refiere a reglas de abstención, agotamiento de los recursos y no interferencia, las cuales son una serie de doctrinas que los tribunales federales han desarrollado para proteger a los tribunales de los estados de la interferencia de los tribunales federales. Por otra parte, menciona el desarrollo de ciertos criterios de revisión a que deben atenerse los tribunales federales sobre las decisiones de los tribunales de los Estados, y a reglas de deferencia entre tribunales federales y estatales; reglas sobre cosa juzgada y reconocimiento de sentencias; y prevalencia del derecho federal (*preemption*).³⁸

Ahora bien, Young emprende su estudio con el ánimo de encontrar un lenguaje que permita construir diques y obstáculos doctrinales y procesales a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Nosotros estamos lejos de esa intención. Sin embargo, del trabajo de Young retomamos el punto relativo a la elaboración de una agenda de investigación que nos parece interesante: el examen de las doctrinas desarrolladas en los estados federales que tienen sistemas duales de tribunales para mediar el conflicto entre dichos sistemas, puede ser útil para generar categorías que contribuyan a organizar las relaciones entre tribunales internacionales y domésticos, en el contexto de la globalización y la gobernanza global al que nos hemos referido en el presente ensayo.

Los rasgos de lo que pudiera ser un *ius commune* latinoamericano sobre derechos humanos no son auto-evidentes y requieren de un esfuerzo de reflexión y construcción jurídica. Un primer cimiento de dicha categoría está conformado por los instrumentos normativos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de éstos, la discusión debe dirigirse hacia las posibilidades que esta categoría puede ofrecer. Para estimular dicha discusión, me atrevo a hacer cinco afirmaciones sobre el concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos. Son cinco afirmaciones destinadas a provocar el debate, más que a asentar certezas:

³⁷ “*Ripeness*” es el principio según el cual los tribunales federales de los Estados Unidos requieren que exista una controversia real y actual, por lo que se abstendrán de actuar si el asunto es hipotético o si la existencia de la controversia es meramente especulativa.

³⁸ Cuando el derecho federal desplaza y prevalece sobre el derecho de los Estados.

1) El *ius commune* latinoamericano en derechos humanos puede ser un cuerpo normativo y de doctrina, enfocado a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano.

2) Entre los retos del proyecto del *ius commune* está:

a) El conformarse como un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual propio

b) La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico

c) La incorporación de un método para la argumentación lógica

3) El diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina puede contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos y así construir, por vía de la interpretación, normas e instituciones jurídicas nuevas que mejoren la protección de los derechos humanos en nuestros países.

4) El proyecto del *ius commune* en América Latina debe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los posibles cauces de penetración y difusión de su propuesta (cultura jurídica) en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho?

5) El *ius commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que preparen al jurista para una más recta comprensión y aplicación del derecho propio.

V. CONCLUSIÓN

Considero que al hablar del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos debemos plantearnos dos preguntas: ¿qué es el *ius commune*? y ¿qué puede ser? Lo digo así, porque lo que el proyecto de investigación se ha planteado es reflexionar sobre las posibilidades de construcción de un concepto que sirva para describir un fenómeno que está ocurriendo en el ámbito inter-americano (la construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus órganos de garantía), y también que sea útil para arrojar luz acerca de los posibles caminos que este fenómeno puede tomar.

¿Qué es el *ius commune*? En primer lugar, podemos mencionar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los estados adscritos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Puede ser algo más que eso? ¿Puede tener su dogmática y aun su ciencia, tal y como el Estado constitucional y democrático de derecho centrado en el Estado nación las ha tenido? ¿Puede generar técnicas y métodos de argumentación que le sean característicos? ¿Qué más podría ser el *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos?

En mi opinión, estas preguntas proporcionan la materia que alimenta la reflexión teórica en esta materia. Será conveniente continuar en el esfuerzo de consolidación de la red académica global que ha venido trabajando en esta temática y de su ampliación a través de la incorporación de otras comunidades académicas que hoy por hoy investigan sobre temas parecidos y afines. Temas que tienen las posibilidades de construir una cultura jurídica común en materia de derechos humanos, que informe y alimente los sistemas jurídicos propios de cada país de la región latinoamericana, y que a la vez se nutra de los impulsos e ideas de nuestros países, comprometidos cada vez más con la defensa y protección de los derechos humanos.