

El Impacto de la Globalización en el Derecho Constitucional

José Ma. Serna de la Garza

Tesis elaborada para obtener el Grado de

Doctor en Derecho

**Programa de Posgrado de la UNAM (Instituto de
Investigaciones Jurídicas)**

Noviembre de 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Contenido

| | |
|--|----------|
| Capítulo I Planteamiento General..... | 1 |
| 1. Problema..... | 1 |
| 2. Objetivos..... | 4 |
| A. Objetivos Generales..... | 4 |
| B. Objetivos Específicos..... | 4 |
| 3. Preguntas..... | 5 |
| 4. Justificación..... | 6 |
| 5. Alcance del estudio..... | 7 |
| 6. Hipótesis..... | 8 |
| 7. Tipo de Análisis | 10 |

Capítulo II Elementos para un análisis crítico del tipo ideal de Estado Constitucional y Democrático de Derecho...15

| | |
|---|----|
| 1. Construcción de un tipo ideal para el análisis...15 | |
| 2. Las características del modelo ideal..... | 17 |
| 3. Estado constitucional y la idea de sistema jurídico..... | 23 |
| 4. Derecho nacional y derecho internacional..... | 29 |
| 5. La ciencia del derecho constitucional: teoría, dogmática y derecho comparado..... | 31 |
| 6. Globalización y el tipo ideal del Estado constitucional | 36 |

7. Identificación inicial de algunos fenómenos
relevantes para la investigación..... 39

8. El enfoque del pluralismo jurídico..... 51

Capítulo III El concepto de globalización...59

1. El debate sobre la Globalización..... 59

2. ¿Qué hemos de entender por *Globalización*?.. 60

Capítulo IV. Globalización, Estado y Derecho..... 76

I. El debate sobre el Estado
en la era de la Globalización..... 76

1. La tesis de la disolución del Estado..... 76

2. La tesis de la transformación del Estado..... 79

3. Tesis adoptada en este trabajo..... 82

II. El concepto de “Gobernanza global”
y su impacto en el ámbito jurídico..... 84

1. Planteamiento inicial..... 84

2. La Gobernanza global..... 86

3. Organizaciones intergubernamentales..... 87

4. Cooperación transgubernamental..... 92

5. Redes transnacionales de actores privados... 93

6. Organizaciones No-Gubernamentales..... 96

| | |
|--------------------|-----|
| 7. Conclusión..... | 100 |
|--------------------|-----|

| | |
|---|------------|
| CAPITULO V Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización..... | 106 |
|---|------------|

| | |
|---|-----|
| 1. 'Lo Constitucional' en la era de la globalización..... | 106 |
| 2. <u>Primera línea</u> : La "Confrontación de Paradigmas"..... | 107 |
| 3. <u>Segunda línea</u> : Globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos..... | 110 |
| 4. <u>Tercera línea</u> : la "Constitucionalización del Derecho Internacional"..... | 119 |
| 5. <u>Cuarta Línea</u> : La Globalización del Derecho Constitucional como "Convergencia"..... | 128 |

| | |
|---|------------|
| Capítulo VI Derecho constitucional mexicano y Derecho Económico Internacional..... | 132 |
|---|------------|

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 132 |
| 2. Las instituciones de la 'gobernanza global' financiera y su impacto Constitucional..... | 136 |
| A. El Banco Mundial..... | 139 |
| B. El Fondo Monetario Internacional..... | 147 |
| 3. La Constitución mexicana y su reforma en el contexto de la globalización económico-financiera..... | 156 |

| | |
|---|------------|
| 4. El impacto constitucional del esquema de la Organización Mundial el Comercio (OMC).... | 164 |
| A. Planteamiento general..... | 164 |
| B. El debate sobre las implicaciones constitucionales de los regímenes regulatorios internacionales..... | 165 |
| C. Análisis de la OMC desde una perspectiva constitucional..... | 174 |
| a. La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque sustantivo)..... | 177 |
| b. La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque procedimental-adjudicativo)..... | 184 |
| c. La crítica a la idea de la constitucionalización del derecho comercial internacional..... | 192 |
| d. Examen del debate..... | 196 |
| 5. Aspectos constitucionales del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Resolución de disputas en materia de dumping)..... | 207 |
| 6. Aspectos constitucionales del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Protección de Inversión Extranjera)... | 240 |
| Capítulo VII Diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales de América Latina..... | 278 |
| 1. Introducción..... | 278 |
| 2. Internacionalistas vs. Nacionalistas..... | 283 |

| | |
|---|------------|
| 3. El debate sobre los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en México..... | 308 |
| 4. Derechos humanos en las Constituciones de las entidades federativas y justicia constitucional local..... | 315 |
| 5. Hacia un modelo dialógico..... | 338 |
| 6. Líneas de investigación abiertas para mayor reflexión..... | 352 |
| | |
| Capítulo VIII Recapitulación y conclusiones...360 | |

Agradecimientos

Deseo agradecer a todas las personas que me han apoyado en la realización de la presente investigación. En particular, menciono a los miembros de mi comité tutorial las Doctoras Carla Huerta Ochoa y Ma. del Refugio González y el Doctor Héctor Fix Fierro. Agradezco también a quienes me han hecho el favor de revisar mi trabajo y otorgarme sus votos aprobatorios, los Doctores Jorge Carpizo y Diego Valadés. Igualmente, muchas gracias a la Unidad de Estudios de Posgrado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en específico a su coordinador, Dr. Francisco Alberto Ibarra Palafox y a la Sra. María Esther Chávez Anaya.

Finalmente, gracias por todo su apoyo a mi familia: mi esposa Anita Veitl, mis hijas, Ana Sofía y María Lorena; mis padres, Ma. Elena de la Garza y José Ma. Serna Maciel, y mi hermana Ma. Elena Serna de la Garza.

Cd. Universitaria, 10 de noviembre de 2011

Capítulo I Introducción y Planteamiento General

1. Problema

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 trabajo, 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. Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-nacional, y ello obliga, por un lado, a reflexionar sobre el impacto que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los estados nacionales; 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).²

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

² Un punto de partida similar al aquí planteado se puede encontrar en el trabajo de Himsworth, 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. Himsworth, C.M.G., "In a State No Longer: The End of Constitutionalism?", *Public Law*, 1996, pp. 639-648.

El tema plantea problemas de distinto orden. En primer lugar, existen problemas de carácter empírico, ya que tanto los fenómenos y procesos que se encuadran dentro del término *globalización*, como su posible impacto sobre el Estado y su manifestación en el derecho constitucional están sujetos a discusión en cuanto a su misma existencia como hechos sociales. Así, por ejemplo, existe un debate sobre la realidad (y la supuesta novedad) de la globalización.³ Igualmente, existe un debate sobre el posible impacto de la globalización (asumiendo que esta exista con algún contenido específico) sobre el Estado nacional.⁴ Y lo mismo puede decirse del posible impacto de la globalización en el derecho constitucional: ¿cuál es la manifestación empírica (si es que la hay) de ese impacto?; ¿cómo reaccionan las constituciones frente a la globalización?; ¿cómo cambian frente a impulsos provenientes del entorno global?; ¿cómo se conectan y coordinan los esquemas constitucionales de los estados nacionales con otros órdenes jurídicos que existen en el complejo escenario global del siglo XXI?; ¿cuáles son exactamente esos órdenes? Preguntas como éstas plantean una discusión en el nivel ontológico que exige encontrar evidencia empírica para apoyar (o desechar) la idea de que existen hechos sociales nuevos en el ámbito del Estado y del derecho constitucional que han aparecido al tenor de eso que se denomina globalización.

Ahora bien, si efectivamente estamos ante fenómenos y procesos de alguna manera nuevos que afectan al Estado, y posiblemente (como se argumentará) al poder político (estatal) y al mismo derecho constitucional de los Estados nacionales, entonces es necesario examinar y revisar conceptos y teorías tradicionales sobre el Estado y la Constitución, a la luz de los fenómenos apuntados. En otras palabras, es necesario generar conocimiento y comprensión del papel de las constituciones y del constitucionalismo ante los nuevos fenómenos. Esto es así por las siguientes razones: el derecho constitucional *moderno* tiene como objeto primordial el control del poder político

³ Para una revisión de este debate consultar Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 11 y ss.

⁴ Entre otros, Prakash y Hart han reseñado el debate entre los que piensan que ante la globalización, el Estado ha llegado a su fin; el Estado no es afectado de manera alguna; o bien que el Estado se "rearticula". Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey (Co-eds.), *Globalization and Governance*, Routledge, Londres, 1999, pp. 12-15.

(localizado en el Estado). Toda la teoría y la dogmática constitucionales de la *modernidad* se han construido alrededor de este presupuesto. Pero si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante (y esto habrá que discutirlo), entonces es lógico que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional. Estamos entonces ante una problemática teórica que nos ubica en el nivel epistemológico de la discusión relativo al impacto de la globalización sobre el derecho constitucional.⁵

En tercer lugar, debe observarse que si efectivamente estamos ante un escenario político y jurídico más complejo, que involucra, por ejemplo, fuentes de autoridad distintas a las que pueden encontrarse en el Estado; o bien, órdenes jurídicos de distintos niveles (más allá de la distinción entre derecho internacional y derecho nacional); y también fuentes diversas de material normativo y de discurso constitucional (proveniente de instituciones distintas al Estado), entonces se plantea una problemática de diseño y de operación normativas. Esta problemática se refiere, por un lado, a idear normas, instituciones e instrumentos para garantizar el logro de los fines del constitucionalismo (control del poder y protección de los derechos humanos) en el nuevo contexto; y por otro lado, a resolver los problemas de coordinación entre los distintos órdenes normativos y niveles de *gobernanza*.⁶ ¿Cómo debieran ser y concebirse las constituciones y el constitucionalismo ante estos fenómenos del siglo XXI? Plantear preguntas de este tipo nos sitúa en el nivel normativo o prescriptivo de la discusión.

En suma, el tema que nos hemos propuesto estudiar requiere la aproximación y el tratamiento de problemáticas empíricas, epistemológicas y normativas que necesariamente tendremos que abordar a lo largo del presente trabajo.

⁵ En este sentido, Choudhry sostiene que la globalización plantea problemas teóricos porque contradicen algunos de 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. Choudhry, Suji, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 821-823.

⁶ El concepto de gobernanza será examinado en el capítulo V del presente trabajo.

2. Objetivos

En vista de la problemática planteada, la presente investigación se propone alcanzar los siguientes objetivos generales y específicos.

A. Objetivos Generales

Entender qué es la globalización y determinar si, efectivamente, los procesos y fenómenos identificados con ella tienen un efecto sobre el Estado-nacional y el Derecho constitucional.

Comprender cómo y en qué sentido es que el Estado-nacional y su entorno se han transformado, al tenor de la llamada globalización.

Identificar cuáles son las líneas de debate que se han abierto desde la perspectiva constitucional ante las transformaciones, procesos y fenómenos apuntados.

Contribuir a generar un marco teórico-conceptual que sirva para explicar y entender el papel de las constituciones y el constitucionalismo en el contexto actual.

Explicar las condiciones de co-existencia de órdenes normativos de contenido constitucional y las implicaciones de este fenómeno.

B. Objetivos Específicos

Analizar si los fenómenos y procesos asociados a la llamada globalización han tenido algún tipo de efecto sobre el Estado y el derecho constitucional en México.

Identificar las posibles manifestaciones de dicho impacto.

Identificar las respuestas o reacciones posibles que se han dado o que se pudieran dar desde la perspectiva constitucional.

Contribuir a generar un marco teórico-conceptual que sirva para explicar y entender la ubicación, la evolución y el papel de la Constitución mexicana en el contexto actual.

3. Preguntas

Para ordenar la investigación referida a los objetivos antedichos, consideramos pertinente plantear las siguientes preguntas:

¿Qué es la globalización?; ¿cuáles procesos se identifican con la globalización?

¿Qué efecto está teniendo la globalización sobre el Estado?

¿Cómo explicar las transformaciones del Estado y las formas en que éstas afectan o pueden afectar al derecho constitucional (como normas de un sistema jurídico y como disciplina)?

¿De qué manera responden (o pueden responder) las constituciones a los procesos identificados con la globalización? (¿adaptación, modulación, rechazo?)

¿Qué implicaciones tienen estos procesos y fenómenos desde el punto de vista constitucional?

¿Qué tanto puede la concepción tradicional del derecho constitucional explicar los fenómenos y procesos identificados con la globalización?; ¿Debe y puede plantearse una nueva concepción?

¿Cómo debe adaptarse la ciencia del derecho constitucional a los fenómenos y procesos identificados con la globalización?

4. Justificación

Como se argumentará en el presente trabajo, la complejidad del mundo jurídico actual requiere de nuevas explicaciones y de nuevas fórmulas normativas para hacer frente a los problemas que enfrentan los operadores jurídicos. Hoy día 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; asimismo, 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; además, ha habido una gran expansión del llamado ‘soft law’ (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción suelen participar actores no estatales; y, finalmente, la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita,⁷ al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.⁸

Ante este complejo escenario, ¿cómo deben actuar y tomar decisiones los operadores jurídicos?; ¿qué normas y criterios han de guiar la acción del juez, del litigante, del poder revisor de la constitución, del legislador en el desempeño de las tareas correspondientes a su rol social? Consideramos que

⁷ Anderson observa que el modelo de constitucionalismo que con tanto éxito se está exportando en la actualidad (basado en una carta de derechos fundamentales administrado judicialmente), tiende a una mayor convergencia de la práctica constitucional, lo cual se ve en la gran importancia que tiene el discurso de los derechos y la revisión judicial, aún en tradiciones jurídicas distintas; así como el mayor uso del derecho comparado y una perspectiva “cosmopolita” en las decisiones del juez constitucional. Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 4-5.

⁸ Choudhry habla en términos de la globalización de la práctica del constitucionalismo moderno. Pero esta globalización no significa que el constitucionalismo se haya expandido más por todo el mundo, sino el empleo, el recurso a materiales de derecho comparado en todas las etapas en el ciclo de vida de las constituciones modernas. El uso de derecho comparado en la decisión de la justicia constitucional es un ejemplo; y el uso de ciertas constituciones como “modelos” en la redacción de otras constituciones es otro. Asimismo, observa este autor que el fenómeno permea toda la argumentación constitucional y el análisis académico. Choudhry, *op. cit.*, pp. 821-823.

la realización del presente trabajo se justifica en razón de que puede contribuir a apoyar el trabajo de los operadores jurídicos.

Por otro lado, el trabajo se justifica también desde una perspectiva teórica, pues busca avanzar en la comprensión y explicación de las constituciones, del constitucionalismo, en suma, de 'lo constitucional' en el mundo actual. Ello requiere de la revisión del paradigma dominante del derecho constitucional, y el desarrollo de una reflexión que permita avanzar hacia un marco teórico-conceptual que genere explicaciones más adecuadas, relativas a la compleja realidad jurídica de la actualidad.

5. Alcance del estudio

El alcance de la presente investigación es fundamentalmente explicativo, si bien necesariamente debe tener un componente exploratorio y descriptivo. Es fundamentalmente explicativo porque busca aclarar y comprender la manera en que los procesos y fenómenos identificados con la globalización tienen o pueden tener un efecto sobre 'lo constitucional' en el mundo actual, y en particular en México. Pero necesariamente este alcance explicativo debe apoyarse en una aproximación exploratoria, puesto que estamos ante una temática de investigación que no se ha abordado de manera suficiente con anterioridad, por lo menos en nuestro país. En este sentido, ha sido necesario identificar y revisar la literatura (producida fundamentalmente fuera de México), que por otro lado no siempre trata de manera directa los problemas que a la presente investigación interesa abordar, ni responde de manera directa a las preguntas que nos hemos planteado.

Por otro lado, la investigación también ha de tener un alcance descriptivo, en razón de que busca identificar, recolectar y ordenar datos e información sobre los procesos y fenómenos asociados a la llamada globalización, sobre el posible efecto de éstos sobre las constituciones de los Estados nacionales, y sobre el constitucionalismo, así como para especificar propiedades y características relevantes de los fenómenos, procesos y efectos analizados.

6. Hipótesis

La presente investigación plantea las siguientes hipótesis:

El concepto de globalización, cuyo contenido no es enteramente nuevo, incluye procesos y fenómenos que han afectado al Estado nacional y su entorno de diversas maneras.

El concepto de “gobernanza”, puede servir de base para percibir algunas de las transformaciones del Estado en la actualidad. Es decir, el concepto de “gobernanza” alude a una serie de procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que afectan a nociones tradicionales del Derecho Público.

Los fenómenos asociados al concepto de “gobernanza” pueden calificarse como una especie de reconfiguración del poder, por lo que 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.

A nivel interno, el derecho público, y en particular el derecho constitucional, ha cumplido diversas funciones como conformador, legitimador y controlador del ejercicio del poder. Sin embargo, el paradigma dominante limita el alcance de dichas funciones al ámbito de las instituciones estatales.

El hecho de que en la era de la llamada globalización, el poder se está reconfigurado 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, que de cuenta de lo siguiente:

El orden jurídico nacional coexiste con otros órdenes a nivel supra o internacional; dichos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales.

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.

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.

La alternativa de monismo/dualismo es insuficiente para explicar las interrelaciones entre distintos niveles normativos que componen el complejo universo jurídico del mundo actual.

El principio de jerarquía (o supremacía) del derecho internacional sobre el derecho nacional no es suficiente para explicar cómo se da la relación entre los diversos órdenes jurídicos co-existentes en el mundo actual. La interrelación se ordena, modula, regula, a través de un conjunto de doctrinas y principios desarrollados por los tribunales internacionales y nacionales, mismos que se enfrasan en una especie de ejercicio dialógico.

Dichas doctrinas se refieren al carácter auto-ejecutable o no-auto-ejecutable del derecho internacional; su “efecto directo” (o falta de); la doctrina del margen de apreciación; el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*. Puede incluirse también la doctrina sobre la justiciabilidad o no (en términos de control constitucional) de los actos de los organismos internacionales;⁹ así como una variedad de ‘doctrinas de elusión’ (que buscan reducir el impacto del derecho internacional en el derecho interno), como

⁹ En el año 2000, la Corte Constitucional de Bosnia decidió que podía revisar ciertas decisiones de la Oficina del Alto Representante de las Naciones Unidas en Bosnia. Caso U9/00, Corte Constitucional de Bosnia/Herzegovina, Nov., 3, 2000. Asimismo, son conocidas las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, referidas al combate al terrorismo, que han dado lugar también a discusiones y litigios en los que se les ha atacado por inconstitucionales. Ver Gallo Cobián, Virginia et al., “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008.

doctrinas de Acto de Estado, o doctrinas generales de legitimación procesal y justiciabilidad, que buscan dar a los gobiernos, un escudo efectivo contra la revisión judicial que tenga como parámetro el Derecho Internacional.¹⁰

7. Tipo de Análisis

Desde una perspectiva tradicional, la unidad de análisis de los estudios constitucionales se ha centrado en fuentes formales nacionales: constitución, leyes constitucionales (en donde existen), jurisprudencia del juez constitucional, doctrina nacional, enriquecido por el derecho constitucional comparado entendido como una sub-disciplina cuyo objeto consiste en contrastar a los diversos ordenamientos constitucionales considerados en su conjunto; o a los sectores particulares de estos ordenamientos, o bien a las instituciones constitucionales particulares que corresponden a ordenamientos estatales.¹¹ En esta misma línea tradicional, la dogmática constitucional se ha entendido como una labor de comprensión, interpretación y desarrollo de las normas contenidas en los textos de las Constituciones de los estados nacionales.

Por su parte, lo anterior ha determinado el tipo de investigación documental, basado en la recopilación y el análisis de textos constitucionales, textos legislativos de desarrollo constitucional, sentencias del juez constitucional, así como de libros y artículos de especialistas en derecho constitucional nacional.

En el fondo -como señala Wallerstein- en este tipo de estudio subyace una perspectiva tradicional común en las ciencias sociales que desde la Ilustración pero en particular a lo largo del siglo XIX había consagrado como la unidad de análisis por excelencia al Estado-nacional. De esta forma, los científicos sociales consideraron que las distintas esferas de la vida- mercado, estado, sociedad civil- eran gobernadas por leyes que podían ser discernibles mediante el análisis empírico y la generalización inductiva, y eso es lo que

¹⁰ Benvenisti, Eyal, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 1993, p. 161.

¹¹ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 82.

hicieron, pero circunscribiendo sus análisis a los límites territoriales nacionales del presente o incluso los límites que se reclamaban a la fecha.¹²

Sin embargo, entre 1950 y 1960 se da una serie de debates que empiezan a cuestionar los presupuestos tradicionales de la ciencia social hasta entonces practicada. En gran medida, dichos debates tuvieron como objeto principal el tema de la unidad de análisis. ¿Cuál es la unidad de análisis adecuada? ¿Lo son las sociedades del Estado-nacional, existentes dentro de un marco territorial definido?; ¿o bien podría pensarse en una unidad de análisis mayor?¹³

Siguiendo este enfoque, en la presente investigación habremos de variar el esquema y la unidad de análisis tradicional, tratando de identificar, mediante un análisis cualitativo la potencial existencia de normas de naturaleza o significación constitucional más allá del Estado. En otras palabras, nuestra unidad de análisis, sin excluir la unidad privilegiada del enfoque tradicional, deberá explorar la posibilidad de una perspectiva más amplia que examine otros posibles “sitios constitucionales” o “esferas jurídicas con naturaleza constitucional”.

El término “sitios constitucionales” es empleado por Walker, quien habla de la emergencia de un “pluralismo constitucional”. Según este autor, lo que caracteriza al pluralismo constitucional es la pluralidad de unidades y procesos

¹² Wallerstein, Emmanuel, *Análisis de Sistemas-Mundo, Una introducción*, Ed. Siglo XXI, México, 2006, p. 19.

¹³Fue así como a partir de los años setenta del siglo XX se empieza a hablar de los sistemas-mundo de análisis como una perspectiva. Los sistemas-mundo de análisis fueron un esfuerzo por combinar de manera coherente las preocupaciones respecto a la unidad de análisis, la preocupación por las temporalidades sociales y la preocupación por las barreras que se habían erigido entre las diferentes ciencias sociales. En palabras de Wallerstein: “*Los sistemas-mundo de análisis significaron antes que nada la sustitución de una unidad de análisis llamada “sistema-mundo” en vez de la unidad estándar de análisis, que había sido el estado nacional. En la su conjunto, los historiadores habían estado analizando historias nacionales, los economistas economías nacionales, los politólogos estructuras políticas nacionales y los sociólogos sociedades nacionales. Los analistas de sistema-mundo encararon una escéptica ceja, cuestionando si estos objetos de estudio existían verdaderamente, y si en todo caso, eran los sitios de análisis más útiles. En lugar de los estados nacionales como objetos de estudio, los sustituyeron por “sistemas históricos” que, se argüía, habían existido hasta ese momento en sólo tres variantes: minisistemas, y “sistema-mundo” de dos tipos (economías-mundo e imperios-mundo).*” *Ibid.*, p. 32.

con autoridad constitucional (“authoritative constitutional units and processes”). Para Walker, la proliferación de sitios constitucionales post-estatales y nuevos procesos de relación entre los distintos sitios, cada uno con su propio marco metaconstitucional de justificación, es una característica central de la era post-Westfaliana. Para dicho autor, una vez que el patrón ordenado de autoridades estatales soberanas mutuamente excluyentes ha sido roto, el desarrollo de nuevas unidades de autoridad a partir de la interacción de las unidades existentes se facilita estructuralmente, y el mapa de la autoridad constitucional se torna un mosaico complejo y siempre cambiante de lo nuevo y lo viejo, lo emergente y lo maduro, y las relaciones entre las nuevas y viejas unidades siendo tan significativas desde el punto de vista constitucional como las unidades mismas.¹⁴

De manera similar, Bogdandy habla de que con el Derecho de la Unión Europea y el del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, existen “dos densas esferas jurídicas comunes de Derecho Público con naturaleza constitucional”.¹⁵

Estas ideas han sido acuñadas en el contexto de la experiencia Unión Europea, en donde se ha dicho que los tratados respectivos son de carácter constitucional. Sin embargo, algunos de los razonamientos producidos dentro de esta perspectiva pueden extrapolarse para explicar lo que está sucediendo en otras partes del mundo.

De esta manera, podríamos preguntarnos: ¿Existe algo parecido en el caso de México?, ¿se encuentra nuestro país inmerso en algún tipo de esferas jurídicas de Derecho Público con naturaleza constitucional?, ¿si la respuesta es afirmativa, cuáles son esas esferas?, ¿cómo es la relación entre esas esferas y la esfera constitucional interna centrada en la constitución del estado nacional?, ¿qué tendencias pueden identificarse en esa relación entre esferas?, ¿cómo afectan estas tendencias conceptos tradicionales del derecho constitucional?

¹⁴ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 356-357.

¹⁵ Bogdandy, Armin von, *Hacia un Nuevo Derecho Público, Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, p. 41.

Este enfoque tendrá un impacto en el tipo de investigación documental que realizaremos. Además de recopilar y analizar textos constitucionales, textos legislativos de desarrollo constitucional, sentencias del juez constitucional, así como libros y artículos de especialistas en derecho constitucional nacional, deberemos aproximarnos a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en particular las sentencias en aquellos casos en que México ha sido demandado), a la doctrina existente sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Pero también deberemos revisar material proveniente de los tratados constitutivos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), así como laudos emitidos por distintos tipos de tribunales arbitrales que actúan en el marco de la OMC y el TLCAN. ¿Puede considerarse a estos *sitios*, como pertenecientes a esferas jurídicas de naturaleza constitucional?

La investigación deberá encaminarse a realizar una reflexión teórica que de cuenta de los fenómenos examinados. De hecho, la teoría constitucional contemporánea ya ha comenzado a reaccionar en relación con esta problemática. 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 constituyente en el mismo espacio político.¹⁶

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.¹⁷

Finalmente, deberemos hacer una propuesta para replantear el derecho constitucional comparado como sub-disciplina, misma que no debe ya estudiar

¹⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93.

¹⁷ *Ibid.*, p. 94.

nada más el derecho constitucional producido por los Estados, sino el material normativo y el discurso constitucional proveniente de instituciones distintas al Estado; así como examinar las interrelaciones entre los diferentes órdenes y niveles del complejo universo jurídico que existe en la actualidad.¹⁸

El trabajo consta de nueve capítulos. En el primero, se construye un tipo ideal del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, para el efecto de proceder posteriormente a su análisis crítico, a la luz de una serie de fenómenos y procesos identificados con la globalización. Estos fenómenos y procesos son examinados en el capítulo III, mientras que en el capítulo IV analizamos el debate sobre el impacto de la globalización en los Estados nacionales.

Posteriormente, en el capítulo V, se examina el concepto de “gobernanza global”, que ha sido identificado como uno de los términos referidos a las transformaciones provocadas por la globalización, y su impacto en el ámbito jurídico. Y a partir de ahí, se identifican en el capítulo VI las principales líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización.

De ahí pasamos al capítulo VII, en el cual se analiza el impacto del derecho económico internacional sobre el derecho constitucional mexicano, enfocándonos principalmente en la influencia que ciertas instituciones de la ‘gobernanza global’ económico, financiera y comercial ejercen sobre el sistema jurídico mexicano. Mientras que en el capítulo VIII examinamos la relación entre el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema jurídico mexicano. El trabajo termina con un capítulo final de recapitulación y conclusiones.

¹⁸ Interrelación entre los sistemas nacional-nacional, nacional-internacional o supranacional, regímenes internacionales o supranacionales entre sí.

Capítulo II Elementos para un análisis crítico del tipo ideal de Estado Constitucional y Democrático de Derecho

1. Construcción de un tipo ideal para el análisis

Resulta útil iniciar la discusión relativa al posible impacto de la globalización sobre el derecho constitucional, a partir de la construcción de un tipo ideal o un modelo acerca de 'lo constitucional', que sirva como parámetro para identificar la medida, el grado, la intensidad con que los hechos sociales asociados a la globalización afectan (o no) al referido modelo. En el presente capítulo, nos hemos propuesto construir un tipo ideal del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el entendido de que los tipos ideales son herramientas heurísticas que ordenan un campo de investigación e identifican las principales áreas de consenso y de disputa académicas, ayudando a poner en claro las líneas maestras de argumentación y a establecer los puntos fundamentales del desacuerdo.¹⁹

En este sentido, podemos comenzar por afirmar que la imaginación jurídico-constitucional dominante en México tiene como fundamento una narrativa específica acerca del origen, funciones, estructura y justificación del Estado y del Derecho.²⁰ Dicha narrativa (o 'gran relato') ha contribuido a edificar lo que podría calificarse como un verdadero modelo de "Estado Constitucional y

¹⁹ Held, D. y McGrew, A., *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 15.

²⁰ Castoriadis ha desarrollado el concepto de *imaginario social*, para dar cuenta de cómo es posible la unidad y el orden en la sociedad. En su visión, unidad y cohesión de la sociedad son posibles en razón de la urdimbre inmensamente compleja de significaciones que empapan, orientan y dirigen toda la vida de la sociedad considerada y a los individuos concretos que corporalmente la constituyen. Esa urdimbre es lo que el autor llama el *magma* de las *significaciones imaginarias sociales*. Asimismo, a esas significaciones les llama *imaginarias* porque no corresponden a elementos 'racionales' o 'reales' y no quedan agotadas por referencia a dichos elementos, sino que están dadas por creación; y las llama *sociales*, porque sólo existen estando instituidas y siendo objeto de participación de un ente colectivo impersonal y anónimo. Dichas representaciones imaginarias sociales son, en buena medida, un mito (No hay sociedad sin mito, dice el autor): "El mito es esencialmente un modo por el que la sociedad catectiza (sic) con significaciones el mundo y su propia vida en el mundo, un mundo y una vida que estarían de otra manera evidentemente privados de sentidos." Así, estado, nación, ciudadano, derecho, son significaciones sociales imaginarias, según están especificadas en una determinada sociedad. Castoriadis, Cornelius, *Los Dominios del Hombre*, GEDISA, España, 2005, pp. 68-71.

Democrático de Derecho”, y forma parte del *proyecto de la Modernidad*²¹ vinculado a la Ilustración europea del siglo XVIII.

Como explica Cassirer, el postulado central de la Ilustración consistió en hacer de la razón (y no la revelación) el instrumento principal para el entendimiento de la naturaleza. Para la filosofía del siglo XVIII, el pensamiento analítico, racional, es el gran instrumento intelectual de todo el pensamiento en general (sea aplicado al mundo físico-matemático, a la naturaleza, o al mundo moral y social).²² La fuerza de la razón es la única que nos da la entrada al conocimiento de la legalidad que rige al cosmos, tal y como en su momento lo demostró la exitosa teoría física de Newton.²³

Mediante el empleo de la razón, la Ilustración lucha contra el poder de la tradición y contra toda autoridad que no tenga un fundamento racional, considerando su misión no solamente como un acto destructivo, sino de construcción²⁴: edificación de un nuevo orden social y político, basado en leyes justas descubiertas en la naturaleza misma de las cosas (derecho natural en su versión racionalista) por medio de la razón.

En suma, la razón es el instrumento para desarrollar una labor de ingeniería social y política, que en el contexto de la época tuvo como objeto de preocupación y de reflexión principal el tema de la creación de un ente o

²¹ En dicho proyecto, la razón ocupa un lugar central. En efecto, como señala Flores Olea, la nueva idea de Razón (la Razón moderna) postulaba que todos los problemas podían ser conocidos utilizando argumentos demostrables, y que en esencia contenía verdades universales que podían probarse, valederas más allá del tiempo y el espacio (espíritu de objetividad). En el campo histórico, el hombre construye racionalmente las instituciones que requiere (el Estado), apoyándose en la previsión y en la ejecución de los fines que previamente ha establecido (a través del Contrato Social). Asimismo, para la Razón moderna el proceso histórico está dotado de un sentido que es indispensable discernir; finalmente, la modernidad organiza al mundo en sistemas, interpretando al mundo como una edificación geométrica y coherente, en constante progreso. Ver Flores Olea, Víctor y Mariña Flores, Aberlardo, *Crítica de la Globalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 28-29.

²² Cassirer, Ernst, *La Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, segunda reimpresión, 1981, pp. 26-27.

²³ *Ibid.*, p. 55.

²⁴ Cassirer habla de una intención restauradora de la filosofía de la Ilustración, en el sentido de restaurar a la razón y a la humanidad en sus viejos derechos (y con ello identifica una vinculación de la Ilustración con el humanismo del Renacimiento). *Ibid.*, p. 261.

institución *artificial* que estableciera un orden, que a la vez garantizara las libertades: el Estado liberal.²⁵

2. Las características del modelo ideal

El modelo tiene como elemento central al Estado, como la institución que organiza a la comunidad política *hacia adentro* y la representa *hacia afuera*. Se trata, además, de un Estado nacional, territorial, soberano, constitucional y democrático, en los sentidos siguientes.

A. **Estado nacional**, porque su formación implicó la construcción de una imagen de comunidad política caracterizada por un sentido de solidaridad, de pertenencia e identificación con un pasado común y de un futuro compartido. En este sentido, Benedict Anderson ha analizado el proceso de formación de los nacionalismos en los Estados-nacionales modernos, y ha explicado al nacionalismo como un artefacto cultural creado por el impulso de ciertas fuerzas históricas que, una vez creado, se convirtió en un “modelo”, capaz de ser transplantado, con distintos grados de auto-consciencia a diferentes terrenos sociales, mezclándose con una variedad de constelaciones políticas e ideológicas.²⁶

En un sentido parecido, y desde la perspectiva jurídica, Merryman ha descrito cómo la Revolución francesa postuló la glorificación del estado secular e hizo del nacionalismo un aspecto relevante de la glorificación del estado. El objetivo-afirma Merryman al explicar la formación de la tradición jurídica romano-

²⁵ Sobre la construcción del Estado liberal, pueden consultarse las obras de Bobbio, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; y Laski, H.J., *El Liberalismo Europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

²⁶ Para Anderson, el concepto de nación alude a comunidades políticas imaginadas. De hecho, para este autor (y esto es lo que nos interesa resaltar) no solamente las comunidades nacionales sino toda comunidad que rebasa una cierta dimensión (en la que ya no son posibles los contactos cotidianos cara-a-cara), son imaginadas. En el esquema de Anderson, el nacionalismo surgió a partir de la desintegración de dos sistemas culturales que sostenían (por así decirlo) verdaderas comunidades globales en el pasado: la comunidad religiosa y la comunidad basada en el reino dinástico. Dicha desintegración abrió el camino para generar un cambio en la forma de concebir el mundo, y así hacer posible “pensar” la nación. Anderson, Benedict, *Imagined Communities*, Verso, London and New York, 1990, pp. 13-15.

canónica- era construir un sistema jurídico nacional que expresara los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación:

“Tal derecho nacional debería expresarse en un idioma nacional y debería incluir las instituciones y los conceptos legales nacionales. Se rechazó la autoridad (pero no el contenido) del *jus commune*; un derecho común del mundo de derecho civil era ya cosa de la historia. En el futuro, todo el derecho sería derecho nacional, y la variación del *jus commune* no sólo se aceptaba sino que se apreciaba como demostración del genio y la identidad nacionales.”²⁷

B. Estado Territorial, debido a que se construyó sobre la idea de que los estados se encuentran territorialmente fijos, y sobre la noción de que todo lo de valor para el propio estado se encuentra dentro sus fronteras territoriales. El concepto de territorialidad también incluye la idea de que existe una autoridad única y secular que gobierna cada territorio y que lo representa hacia afuera, allende sus fronteras; así como la noción de la inexistencia de otra autoridad por encima del Estado, dentro de su respectivo territorio.²⁸

Según Appadurai, es a partir de la paz de Westfalia (1648), que el principio embrionario de la soberanía territorial pasó a ser el concepto fundamental del Estado-nación. Otras nociones influyeron en la autoimagen y autonarrativa culturales posteriores (lenguaje, origen común, sangre), pero la justificación política y jurídica y la base del sistema de estados-nación es la soberanía territorial.²⁹

Asimismo, el concepto territorial del Estado significa que éste se encuentra en control de los recursos materiales e institucionales esenciales para el gobierno efectivo y la preservación interna y externa de la paz; y que es el responsable exclusivo, dentro de las fronteras territoriales que le corresponden, de realizar las funciones de paz y seguridad física, libertad y seguridad jurídica,

²⁷ Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 44-45.

²⁸ Mathews, Jessica, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 1, p. 50.

²⁹ Appadurai, Arjun, “Soberanía sin territorialidad, Notas para una geografía posnacional”, *Nueva Sociedad*, no. 163, Septiembre-Octubre 1999, p. 109 y ss.

autodeterminación democrática y crecimiento económico y bienestar social³⁰. Es decir, la autoridad pública es exclusivamente ejercida dentro de entidades territoriales claramente definidas (dentro de estados soberanos), y lo mismo sucede con la “producción de bienes públicos”.³¹

Cabe destacar que esta visión territorial también tuvo una manifestación en las ciencias sociales. Por ejemplo, en su crítica a las perspectivas tradicionales de las ciencias sociales, Wallerstein ha señalado que desde la Ilustración pero en particular a lo largo del siglo XIX, dichas ciencias habían consagrado como la unidad de análisis por excelencia al Estado-nacional; y que en ese sentido, los científicos sociales consideraron que las distintas esferas de la vida- mercado, estado, sociedad civil- eran gobernadas por leyes que podían ser discernibles mediante el análisis empírico y la generalización inductiva, circunscribiendo sus análisis a los límites territoriales del presente o incluso los límites que se reclamaban a la fecha.³²

Ciertamente, esta ha sido la visión que ha dominado a la ciencia del derecho de la Modernidad, que se ha centrado en el estudio teórico y dogmático de los derechos nacionales y territoriales, como se discutirá más adelante.

C. Estado soberano, pues su construcción implicó la creación de una autoridad central, con un poder supremo competente para prevalecer en todo caso sobre otro tipo de autoridades (religiosas y tradicionales); y con el poder

³⁰ Hurrelmann, Achim, Liebfried, Stephan, Martens, Kerstin y Mayer, Meter (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007, pp. 1-24.

³¹ En un sentido parecido, Niel Walker explica que en el paradigma Westfaliano el concepto de constitucionalismo se basó en una articulación mutua entre derecho y política. La política no podía ser concebida sin un marco jurídico constitutivo, y el derecho constitucional presupone un espacio político previo. Tres ideas se desprendían de esto: a. El derecho constitucional era una característica interna e intrínseca a la *polity* (al estado). b. la idea de *polity* o comunidad política es la de un sitio en el que se da una pretensión de autoridad (política) y sentido de identidad de parte de una población particular (comunidad). c. Excluye de lo constitucional los procesos y fenómenos que no entran en este esquema centrado en el Estado. Ante esto, se pregunta el referido autor: ¿cómo ajustar entonces la idea del discurso constitucional de manera tal que sea relevante y coherente con las diferentes posibilidades, y en particular relevante en relación a contextos de poder, autoridad y comunidad estatales, post-estatales y no-estatales? Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 342-343.

³² Wallerstein, *op. cit.*, p. 19.

exclusivo de hacer la ley y de imponerla aún en contra de la voluntad de los súbditos. Cabe destacar que la articulación de la idea del Estado soberano estuvo sujeta a la evolución de un debate, en el que uno de los puntos más discutidos fue el tema del lugar en el que legítimamente residía la soberanía (otro tema discutido fue el de los límites legítimos de la acción estatal soberana).³³ Como se sabe, eventualmente, la idea de soberanía popular reemplazó al Príncipe como el *locus* de la soberanía en el siglo XVIII, y con ello se reconcilió la idea del poder soberano con la democracia.³⁴

Por otro lado, el discurso de la soberanía llevó también a la distinción entre soberanía interna y soberanía externa. La primera, hace referencia a la organización de la autoridad pública dentro de un Estado, y a su carácter supremo e indisputado dentro del territorio del Estado; y la segunda, se refiere a la exclusión de actores externos de las configuraciones domésticas de autoridad y al reconocimiento mutuo de los estados en función de su igualdad formal.

Asimismo, el discurso de la soberanía ha permitido distinguir entre *soberanía política* y *soberanía jurídica*. Como ha señalado Anderson, detrás del modelo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que venimos describiendo, se encuentra el paradigma dominante del Derecho y del Estado, que el propio autor denomina “legalismo liberal”, con sus raíces-como ya hemos señalado-en el racionalismo de la Ilustración. En ese paradigma, el Estado es el sitio exclusivo de la *soberanía política* (ejercicio exclusivo del poder político) y de la *soberanía jurídica* (exclusivo productor de derecho). Esta es la esencia del entendimiento del Estado y del Derecho en el tipo ideal que dibujamos.³⁵

Por otro lado, el concepto de soberanía popular es articulador de dos ideas relevantes del modelo: dentro del Estado nacional, existe una fuente última de

³³ Ver la reseña de Held sobre el surgimiento y evolución de la idea de la soberanía estatal. Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 60-70.

³⁴ Kumm, Mattias, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, vol. 11, No. 3, May 2005, p. 206.

³⁵ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 6

autoridad política y fuente última de autoridad jurídica: el pueblo. En efecto, el concepto de soberanía popular conlleva la idea de un “demos” como la base de la acción colectiva, a quien se imputa ser el origen (y justificación) del poder político y el autor del orden jurídico.³⁶ En virtud de ese vínculo entre el “demos” y el poder, por un lado; y entre el “demos” y el orden jurídico, por otro lado, es que se legitima el Estado y el Derecho.

D. Estado constitucional, porque se organiza a través de una constitución en sentido formal y en sentido material. En el primer sentido, que un Estado sea constitucional significa que se cumplen las siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; 3. la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes.³⁷ En el segundo sentido, 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, asumiendo así los valores y fines del constitucionalismo³⁸ (liberal, social y democrático) como ideología.³⁹

Esencial en la idea de Estado constitucional, está la definición de la posición del individuo frente al propio Estado, lo cual conforma el elemento liberal por excelencia del modelo: la constitución está para proteger al individuo frente a los poderes del Estado, a efecto de frenar el potencial de abuso y de arbitrariedad. Para garantizar lo anterior, hay toda una estrategia institucional en la constitución, que va desde la separación de poderes y frenos y contrapesos, hasta garantías judiciales de protección de los derechos fundamentales.

³⁶ Walker, Neil, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519 y ss.

³⁷ La excepción es el Reino Unido, que como es sabido, carece de una constitución codificada y de un procedimiento dificultado de reforma constitucional.

³⁸ Para una distinción entre constitución y constitucionalismo ver Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 2006, pp. 72 y ss.; Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, España, 1998, pp. 35-55. Gustiani, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001, pp. 30 y ss.

³⁹ Ver Aguiló Regla, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Doxa*, no. 24, 2001, pp. 441 y 450-451.

El carácter constitucional del Estado tiene un aspecto sustantivo y otro estructural, que se encuentran entrelazados. Es decir, hay todo un complejo diseño institucional, destinado a garantizar los valores y fines del constitucionalismo: limitar el poder, respeto a los derechos humanos, garantizar condiciones sociales mínimas para una vida digna, garantizar la representación democrática como fundamento y justificación de las decisiones de la autoridad, entre otros.

E. **Estado democrático**, en razón de que el modelo exige un vínculo entre el “demos” y el poder; y entre el “demos” y el orden jurídico; vínculo que se da a través de la constitución. Esto es así, en virtud de que el propio Estado se funda a través de un acto constituyente, en el que -según la narrativa que venimos revisando- el pueblo expresa su voluntad de organizarse como Estado, por medio de la elaboración y expedición de un documento llamado Constitución. Asimismo, la constitución se reforma o adiciona a través de procedimientos que involucran a representantes elegidos por la ciudadanía; y la constitución prevé procedimientos de participación popular (principal, pero no exclusivamente, las elecciones), que tienen por objeto mantener ese vínculo “demos”-poder y “demos”-derecho.

Cabe destacar, como ha observado Armin von Bogdandy, que históricamente se ha formado una simbiosis entre el Estado constitucional y la democracia, en el entendido que esta simbiosis implica que la legitimidad del Estado y del Derecho (estatal), proviene precisamente del principio democrático. En efecto- como afirma el referido autor- existe una conexión entre el derecho y el principio democrático, en el sentido de que éste último (cuya base legal es el concepto tradicional de soberanía popular), dota de legitimidad al primero, a través de los procesos *democráticos* previstos en la constitución nacional.⁴⁰ En este sentido, el derecho en general (la ley y las políticas públicas en particular), es legítimo en la medida en que ha sido elaborado por gobernantes democráticamente elegidos, que rinden cuentas de manera periódica ante el electorado nacional. En esta visión, la democracia solamente es posible en el

⁴⁰ Bogdandy, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004, p. 885-889.

estado-nación. Considera a la democracia enfocándose en la auto-determinación, sea en términos holísticos (el pueblo, la comunidad) o de derechos fundamentales (individualista). Un interés primario de esta visión es la protección de la supremacía política de las institucionales democráticas nacionales: la protección de la soberanía estatal (localizada en el pueblo) en su significado tradicional.⁴¹

3. Estado constitucional y la idea de sistema jurídico

Cada Estado constitucional establece su propio sistema jurídico doméstico legitimado por su pueblo, pero además, el modelo conlleva una idea interna del sistema jurídico, que se articula alrededor del principio de supremacía constitucional. Como bien se sabe, esta noción significa que toda norma que material o formalmente sea contraria a la Constitución, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. El principio de la supremacía constitucional es el factor que da unidad a todo el sistema normativo, pues establece a la Constitución como el punto de referencia obligado del resto de las normas, de tal forma que si alguna se desvía de aquélla, no puede tener validez.⁴²

Por otro lado, la supremacía constitucional también es un factor que introduce el principio de seguridad en la esfera jurídica de los gobernados, puesto que éstos saben que toda ley o acto proveniente de la autoridad que no se apegue a la constitución, es potencialmente anulable y sus efectos pueden ser reparados. Así pues, el principio de supremacía constitucional y el de control de la constitucionalidad de leyes y actos son complementarios, y se implican mutuamente: para que la supremacía constitucional sea efectiva, se requieren instrumentos de defensa de la constitución.

En la narrativa que venimos revisando, la Constitución cumple con una serie de funciones dentro del sistema jurídico. En efecto, como explica Carla Huerta, la noción de sistema jurídico implica que el Derecho parte de un axioma que es la

⁴¹ *Ibid.*, pp. 896-897.

⁴² Sobre la supremacía constitucional se puede revisar los diversos ensayos contenidos en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2000.

Constitución, no tanto porque se trate de una verdad evidente o indemostrable, como por el hecho de que jurídicamente su validez no es cuestionable. De esta primera norma se derivan todas las demás normas del sistema jurídico (no como una derivación lógica, sino normativa, de conformidad con las propias reglas que la Norma Fundamental establezca). De esta manera afirma la autora- a partir de la Constitución se crea un sistema jurídico que opera como unidad y goza de unas propiedades lógico- formales como son la completitud, la coherencia, la consistencia y la independencia, que lo hacen aplicable. Por último, al ser la norma que establece la relación jerárquica y material entre las normas del sistema jurídico, determina también su significado.⁴³

Por otro lado, la imagen interna del sistema jurídico se centra en una estructura normativa adscrita o correspondiente al Estado nación. Así sucede en la explicación de Kelsen sobre el sistema jurídico (con una jerarquía normativa en cuyo ápice se encuentra una norma fundamental);⁴⁴ y también en el análisis de Hart, con su diferenciación entre normas primarias y normas secundarias y su regla de reconocimiento como criterio de identificación de pertenencia de una norma a un sistema jurídico dado.⁴⁵ El presupuesto es que hay un sistema jurídico que equivale al Estado nación (Kelsen) o que está adscrito y corresponde a éste (Hart).

En efecto, Kelsen postula la unidad entre el Derecho y el Estado (“el Estado tiene que identificarse con el orden jurídico nacional”), y sostiene el carácter esencialmente territorial de esta unidad (el territorio como ámbito espacial de validez del orden jurídico nacional).⁴⁶ Asimismo, la Constitución forma la base del orden jurídico nacional⁴⁷ y, supuesta la existencia de la norma fundamental, representa el nivel más alto dentro del derecho nacional, en un doble sentido. En un sentido formal, como conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser

⁴³ A su vez, explica la autora, la Constitución entendida como norma jurídica, opera también como un sistema, lo que permite su interpretación sistemática. Huerta Ochoa, Carla, “Constitución y Diseño Institucional” en Serna, José Ma. y Caballero, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, UNAM, México, 2002, pp. 24-25.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.

⁴⁵ Hart, H., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

⁴⁶ Kelsen, *op. cit.*, pp. 227, 246 y 457.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 306

modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas; y en un sentido material, entendida como los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.⁴⁸

Kelsen describe la estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado de la siguiente manera:

“El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.”⁴⁹

Estamos, en suma, ante la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico, cuya norma positiva de máxima jerarquía es la Constitución, la cual establece las condiciones de creación de otras normas inferiores -leyes, sentencias, decretos- que a su vez fundamentan los actos jurídicos de ejecución.⁵⁰

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 146-147.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ “En este esquema, una norma inferior se considera válida si ha sido creada de acuerdo con las condiciones de validez predeterminadas en las normas superiores...” “Mediante los mecanismos de control de constitucionalidad [...] y de legalidad [...] se eliminan del sistema las normas creadas excediendo los marcos definidos por las normas superiores. Sin embargo, mientras dicha eliminación no ocurra, las normas son válidas y aplicables.” Orrego, Cristóbal, “La Cultura Jurídica Interna: ¿Hacia el Colapso de la Pirámide?”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, no. 20, 2002, pp. 464-465.

Por su parte, para Hart el sistema jurídico de un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de supremacía dentro de su territorio y de independencia respecto de otros sistemas. Así, el derecho inglés, el derecho francés, el derecho de cualquier país moderno, regula la conducta de poblaciones que habitan territorios con límites geográficos bastante bien definidos. En el estado moderno, sus normas jurídicas generales se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de sus límites territoriales.⁵¹

Sobre esta base es que Hart distingue como elementos de los sistemas jurídicos entre normas primarias, que son aquellas que establecen obligaciones y tienen por objeto regular conductas de las personas que son sus destinatarios; y normas secundarias, cuyo objetivo es resolver problemas de ineficiencia de los sistemas jurídicos, relativos a la identificación de cuáles normas pertenecen al sistema jurídico respectivo (regla de reconocimiento); la determinación de los mecanismos por los cuales el sistema jurídico se puede adaptar a los cambios del entorno y ser, de esa manera, dinámico (regla de cambio); y la definición de qué individuos tienen competencia para aplicar las reglas primarias, y para decidir si en algún caso se ha infringido o no dicho tipo de reglas (regla de adjudicación).⁵²

Asimismo, el principio de supremacía constitucional y su función de garantía de la unidad y coherencia del sistema jurídico, está vinculado a la existencia y operación de un órgano que es autoridad última en la interpretación de la constitución.

En efecto, el modelo asigna al juez constitucional la tarea de la defensa de la constitución nacional, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En palabras de García de Enterría, el juez constitucional es “un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos; es así el verdadero *Hüter der Verfassung*, el defensor de

⁵¹ Hart, *op. cit.*, pp. 26-31.

⁵² *Ibid.*, pp. 115-123.

la Constitución y, por tanto, su intérprete supremo"... "al que parece por ello trasladarse la superioridad de la Constitución misma."⁵³

Vinculado a lo anterior, el modelo implica una teoría (normativa) de la interpretación constitucional, cuyo núcleo esencial puede ser descrito a través del siguiente enunciado: el juez constitucional debe aplicar la constitución nacional promulgada por el poder constituyente, que es la norma suprema del sistema jurídico. Además, en el esquema de separación de poderes, la aplicación de la constitución nacional (norma suprema del sistema jurídico) es un elemento importante de legitimación del órgano de control constitucional. Alrededor de esta premisa es que en cada sistema se desarrollan diversas teorías de la interpretación que definen y delimitan las fuentes de donde puede hacerse la interpretación (originalismo, textualismo, contextualismo, intencionalismo).

Las teorías de la interpretación constitucional son en su mayoría prescriptivas, y tratan de responder a la pregunta: ¿cómo deberían los jueces constitucionales elegir entre diversas interpretaciones alternativas cuando aplican la Constitución? La aplicación de disposiciones constitucionales particulares en la resolución de casos específicos, presenta el problema de que siempre hay interpretaciones alternativas que pueden apoyar decisiones diferentes. En ese momento es cuando entran en escena las teorías de la interpretación, las cuales versan sobre cómo el intérprete decide o debe decidir entre las distintas alternativas.

La forma tradicional de responder a esta pregunta refleja la imagen interna del sistema jurídico centrada en una estructura normativa adscrita o correspondiente al estado nación a la que nos referíamos arriba. Como explican Brison y Sinnott-Armstrong, los argumentos y el tipo de razones a los que se suele recurrir en la interpretación constitucional se basan en: 1. El

⁵³ "Que el Tribunal Constitucional es un órgano de esa especie suprema, que son los que constituyen en realidad al Estado y salvaguardan su unidad y que, por tanto, participa como los demás de ese rango de las competencias de soberanía que la Constitución les traslada directamente, admite pocas dudas." García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, pp. 198-199.

significado de las palabras usadas por la Constitución; 2. Las intenciones de los autores de la Constitución; 3. Los precedentes establecidos por jueces anteriores; y, 4. Juicios de valor. La mayoría de las controversias en materia de interpretación constitucional, gira en torno a la naturaleza de estas razones y sobre cuánto peso, si es el caso, debe darse a cada razón.⁵⁴

Como señala Choudhry, en esta visión tradicional, las teorías de la interpretación constitucional, tanto en el discurso profesional como en el académico, se suponen internas a sistemas políticos y jurídicos específicos. 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.⁵⁵

También 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. Como señala Perelman, para persuadir se debe conocer y tomar en cuenta opiniones que, en la visión de este autor, satisfagan a tres auditorios diferentes: las partes del litigio, los profesionales del derecho, y la opinión pública “que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales. De este modo, la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica a que el derecho está muy acostumbrado y

⁵⁴ Escoger entre estas razones alternativas equivale a decidir sobre cómo distribuir el poder en la sociedad. Los jueces habrán de tener gran poder si, por ejemplo, se les permite usar sus propios valores para derogar legislación. En cambio, los jueces tendrán menos poder si están restringidos, por ejemplo, por la intención original del constituyente. Entonces, el asunto principal trata acerca de cuánto y qué tipo de poder deben tener los jueces. Brison, Susan y Sinnott-Armstrong, Welter “A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation”, en Idem, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press, Boulder, 1993, pp. 2-4

⁵⁵ Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999. p. 826.

que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo...”.⁵⁶ Como se puede observar, el presupuesto de este esquema es que el esfuerzo de persuasión de los jueces ha de dirigirse hacia los auditorios *nacionales*.

4. Derecho nacional y derecho internacional

En el marco del modelo que venimos discutiendo, el tema del derecho internacional y su relación con el derecho interno (y la Constitución nacional), ha estado lejos de ser pacífico. Como bien se sabe, el tópico ha dado lugar a un largo y acalorado debate entre la postura monista y la dualista.

Siguiendo de cerca la explicación y resumen del debate hecho por Manuel Becerra, la postura dualista considera que el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas jurídicos separados, distintos, independientes uno de otro, en razón de sus fuentes, el tipo de relaciones que regulan y su substancia.⁵⁷

En relación con las fuentes, la postura dualista afirma que el derecho internacional es producto de la voluntad colectiva de los Estados, mientras que el derecho interno se basa en la Constitución de cada uno de los Estados. En lo relativo al tipo de relaciones reguladas, el dualismo sostiene que el derecho internacional contiene reglas que regulan las relaciones entre dos o más estados, mientras que el derecho interno regula las relaciones entre los individuos y entre éstos y los órganos del Estado. Y en relación con la substancia, el dualismo sostiene que el derecho internacional es un derecho

⁵⁶ Señala Perelman: “...si el derecho es un instrumento flexible y capaz de adaptarse a valores que el juez considera como prioritarios, no hace falta que el juez decida de acuerdo con directrices procedentes del gobierno, sino en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones.” (p. 193). Asimismo, afirma que: “El derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable.”, Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 162-163, 193 y 228.

⁵⁷ Becerra Ramírez, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 13.

entre Estados iguales y soberanos, que no puede ser aplicado automática y directamente a nivel interno, sino que necesita de un acto de incorporación, en los términos que decida el derecho interno.⁵⁸

De lo anterior, la tesis dualista derivan tres consecuencias: “en principio no puede existir una norma obligatoria de un sistema que emane del otro, en cuanto al fondo: si una norma de derecho interno contradice, o va en contra de una norma internacional el derecho interno prevalece, su validez no se afecta en modo alguno, lo único que sucede es que el Estado es responsable internacionalmente. En cuanto a la forma: para que una norma de derecho internacional tenga validez en derecho interno, es necesario que haya sido previamente transformada en norma de derecho interno mediante ‘la recepción’ o reenvío y los mismos tribunales internos sólo aplican el derecho interno y el internacional que ha sido transformado.”⁵⁹

Por su parte, la teoría monista sostiene que el derecho internacional y el derecho interno son dos elementos de un solo concepto de derecho que se dirige al individuo. Desde esta perspectiva, el derecho internacional es adoptado (recibido) automática y directamente en el derecho interno.⁶⁰

En relación con el tema de la jerarquía entre derecho internacional y derecho interno, la postura monista tiene dos variantes: una de primacía de derecho interno y otra de primacía de derecho internacional. La primera, postula que el derecho interno es principio y fin del derecho internacional, “con lo cual hay una unidad del sistema jurídico según esta concepción la primacía deriva de la ausencia de una autoridad supraestatal, en donde el derecho constitucional estatal establece las normas para la conclusión de tratados internacionales y de esta manera comprometerse. La segunda, “postula que el derecho interno deriva del derecho internacional que es superior y al cual se le subordina el derecho interno.”⁶¹

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

Este debate, desarrollado en el marco del paradigma tradicional centrado en el Estado nacional, sigue siendo punto de referencia para entender cómo es y cómo debería ser la relación entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado nacional. Sin embargo, es pertinente preguntarse si hay o no elementos suficientes como para poder afirmar que dicho debate debe ser superado.⁶²

5. La ciencia del derecho constitucional: teoría, dogmática y derecho comparado

La ciencia del derecho constitucional habitualmente ha estado centrada en una sola fuente: la Constitución nacional, comprendida formalmente como la creación de un universo normativo.⁶³ Ello es perceptible en los modos de hacer investigación en los ámbitos de la dogmática y teoría constitucionales y el derecho constitucional comparado.

A. Teoría constitucional

En efecto, la teoría constitucional está estrechamente vinculada al Estado nacional. De hecho, tradicionalmente se entiende que la relación entre constitución y Estado es necesaria. Pensarlo de otro modo resulta contraintuitivo y contrario al sentido común. Y esto es así, ya sea que hablemos (y distingamos, como lo hace Cossío), de *teoría constitucional* o bien de *teorías de la Constitución*. La primera idea, se refiere al conjunto de hipótesis, planteamientos o tesis que se formulan a efecto de explicar los supuestos más generales y comunes de todos aquellos conjuntos normativos llamados Constituciones, siempre que los mismos satisfagan ciertas notas materiales comunes; mientras que las segundas, son el conjunto de explicaciones

⁶² Así lo han planteado diversos estudios en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

⁶³ Bogdandy, Armin von, *op. cit.* p. 6.

realizadas respecto de una Constitución en lo individual.⁶⁴ Como es obvio, en ambos casos se está hablando de la(s) constitución(es) del estado nacional.⁶⁵

Esta vinculación entre constitución y Estado también se manifiesta en lo que Cossío ha identificado como el fundamento común (teórico) que las constituciones tuvieron en su origen: la idea de que son resultado de un gran pacto social, en un primer momento, y luego en la actuación de una asamblea que representa a los ciudadanos del Estado; el papel de la constitución de organizar los poderes del Estado, estableciendo garantías para que el poder público respete las libertades de las personas; la noción de que las constituciones debían tener sólo ciertos contenidos, dirigidos a limitar la actuación del Estado (separación de poderes, catálogo de derechos fundamentales y sus garantías); la idea de que las constituciones debían comprenderse como las manifestaciones de la organización social que tenían como fin el desarrollo del hombre (por lo que no podía interpretarse una norma o darle un sentido que produjese una restricción en la acción individual); y la inadmisibilidad de reformas que pudieran modificar los contenidos constitucionales en los que se plasmaban los supuestos de la teoría.⁶⁶

B. Dogmática constitucional

Por su parte, la noción de *dogmática jurídica* se sustenta en tres postulados básicos: 1. lo que ha de entenderse por derecho, es algo dado;⁶⁷ 2. sobre la

⁶⁴ Cossío, José Ramón, "La Teoría constitucional moderna (Lecciones para México)", *Metapolítica*, vol. 4, no. 15, pp. 102-103.

⁶⁵ Cossío define el momento de surgimiento de la teoría constitucional, cuando surgen las constituciones como producto de la modernidad, a partir de una específica forma de concepción de las relaciones sociales y políticas, a finales del siglo XVIII. *Ibid.*, pp. 103-104.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 105-106.

⁶⁷ "La razón esencial por la que el jurista adopta una posición dogmática arranca de su sometimiento a lo dado o puesto como derecho con anterioridad a la investigación científica y a la aplicación judicial. De este modo queda fuera del conocimiento científico toda especulación acerca de lo que debería ser el derecho. Ahora bien, el sometimiento a lo que figura dado como derecho, que engendra un dogmatismo, no es sin embargo producto exclusivo de éste en su aspecto cognoscitivo. Proviene del positivismo y de la doctrina de la división de poderes. El positivismo elimina la reflexión metafísica y la ética como fundantes del deber ser del derecho. La división de los poderes remite al legislativo la función creadora del orden jurídico. Tal vez podría decirse que la dogmática jurídica considera como "dogmas" la positividad del derecho y la separación de los poderes....En consecuencia, no está constituido por la aceptación de algo dado de modo invariable en función de un determinado contenido normativo, sino por el *acatamiento invariable de un derecho que temporal y espacialmente varía.*" Hernández Gil,

base de ese derecho *puesto*, el investigador realiza cierto tipo de operaciones intelectivas que buscan la generación de conceptos y categorías y su integración dentro de un sistema;⁶⁸ y 3. esta forma de investigar es (o pretende ser) una ciencia práctica, orientada a la operación del sistema jurídico y a la resolución de conflictos.⁶⁹

Pues bien, ese elemento dado que caracteriza a la dogmática jurídica, en el ámbito del derecho constitucional es la Constitución del estado nacional (y la jurisprudencia producto de la interpretación de aquélla). La constitución nacional ha sido así la materia jurídica positiva, sobre la cual se ha desplegado el ‘método jurídico positivista’, el cual ha sido el punto focal del trabajo de la mayoría de los constitucionalistas en Europa continental y en América Latina. De hecho, como señala Bogdandy, lo que une a las diversas ciencias nacionales del Derecho Constitucional es que la dogmática jurídica constituye un punto trascendental, incluso *el* punto central prioritario de la investigación.⁷⁰

Antonio, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Transformación*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 40-41.

⁶⁸ “Se entiende por tal, sobre todo, un determinado método, la operatividad intelectual, predominantemente lógica, proyectada sobre el derecho, y en particular la operación de construcción jurídica que representa, a la vez, el conocimiento sistemático y la elaboración del sistema. La perseverancia en este método y su difusión le ha convertido en hábito mental y en estilo de los juristas. El modelo dogmático propiamente dicho procede de la Escuela histórica y encuentra su expresión culminante en la construcción jurídica.”, *Ibid.* p. 42.

⁶⁹ “La dogmática es (o pretende ser) una ciencia. La aplicación del derecho (especialmente la judicial) es una técnica consistente en el desarrollo de una actividad cognoscitiva y resolutoria dirigida a la solución de conflictos. Pero la dogmática es una teoría preocupada por la fundamentación y el desenlace de las soluciones jurídicas. Tiende a establecer las bases que hacen posible resolver de modo uniforme un número infinito de casos. Creo, por tanto, que la técnica es objeto de la reflexión teórica; mas la dogmática no queda circunscrita a método de aplicación del derecho. Considerar como saber dogmático el comprendido en la técnica de aplicación no significa, por otra parte, que la actividad desplegada por el que aplica el derecho sea científica. Lo que quiere decirse es que hay un tratamiento dogmático del derecho que se da también en el seno de la técnica en cuanto saber específico y autosuficiente del mismo con vistas a su aplicación.” *Ibid.*, p. 45.

⁷⁰ “Se trata de “la descripción esmerada y completa de la materia jurídica positiva”, esto es, de una documentación sistematizada, la “definición de los conceptos dogmáticos básicos” – expresado así por Gerber. Se trabaja hacia la estabilización y autonomización de una red de significados jurídicos, y la “construcción de un sistema científico”, o, según Laband “el dominio lógico de la materia jurídica por medio de conceptos”. Se trata de la imposición de orden a través de un conjunto de conceptos-guía tan reducido como sea posible. Desde luego que ya no todo es como lo fue hace cien años: así, hoy en día la consideración y ponderación de las consecuencias juegan un papel mucho más importante que antes.” Bogdandy, *op. cit.*, p. 18 y 37-38.

Por su parte, Tamayo caracteriza a la dogmática jurídica o “jurisprudencia (en sentido clásico de ‘ciencia del derecho’) como la disciplina que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente- afirma este autor- la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas, cuyo propósito es describir un determinado derecho:

“Para tal objeto proceden, primeramente, a identificar su objeto; posteriormente, lo ‘describen’. El primer paso, la identificación de los materiales jurídicos, es un procedimiento bastante simple. El jurista tiene como derecho aquel material, y sólo aquel, que ha sido establecido por las instancias sociales reconocidas como las instancias creadoras del derecho (sin cuestionar su validez).”⁷¹

Así, el jurista, al hacer “doctrina” describe un derecho puesto, un derecho establecido, un derecho histórico y un derecho nacional:

“La ‘descripción’ que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La jurisprudencia ‘organiza’ el material jurídico para construir un orden jurídico ‘sistemático’ y ‘consistente’. La jurisprudencia asigna, así, cierto significado a los materiales que describe. Determina su sentido y su alcance; en suma: los interpreta.”⁷²

Ahora bien, como señala Tamayo, la dogmática constitucional no es sino parte de la jurisprudencia dogmática que describe una parte del orden jurídico: la constitución, el derecho constitucional. De ahí que todo lo dicho sobre la dogmática jurídica se aplica *in integrum* a la dogmática constitucional. Por ello, Tamayo caracteriza a esta disciplina como “la parte de la jurisprudencia

⁷¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, UNAM, México, 1986, pp. 239-241.

⁷² “La jurisprudencia realiza, por decirlo así, una selección del material jurídico, lo ordena en función de ciertos presupuestos fundamentales; hace la *summa* del material jurídico.

Del material jurídico dado la jurisprudencia obtiene los principios generales del sistema (las *regulae* de la jurisprudencia romana o las *maximae propositiones* de la jurisprudencia medieval). De los principios generales (sean definiciones, axiomas, máximas) los juristas obtienen nuevos enunciados jurídicos que se tiene por consecuencias ‘lógicas’, (proposicionales, deónticas o inferencias prácticas) de los materiales jurídicos que constituyen la base (dada) del sistema.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia, al identificar, interpretar y ordenar el material jurídico (así como al establecer principios generales y reglas de inferencia, eliminar inconsistencias e integrar lagunas), ‘reformula’ el derecho positivo. Esta ‘reformulación’ la lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina.”, *Ibid.*, pp. 241-242.

dogmática que explica o interpreta un conjunto de disposiciones, prácticas o costumbres aceptadas como la 'constitución'; sin cuestionar su validez o existencia y manejadas bajo los cánones reconocidos de la interpretación jurídica."⁷³ En donde dicha 'constitución' es tal en la medida que cumple cierta función en un orden jurídico nacional.⁷⁴

C. Derecho constitucional comparado

Por último, la concepción tradicional y dominante del derecho constitucional comparado en la academia mexicana ha centrado su atención exclusivamente en el Estado-nacional. Ello se refleja en los libros de texto más relevantes empleados en las facultades y escuelas de derecho de México para la enseñanza de dicha materia. Por ejemplo, el clásico libro de Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, sin definir expresamente lo que entiende por esta materia, dedica su obra al examen de los sistemas constitucionales de diversos Estados.⁷⁵ Por su parte, Biscaretti di Ruffia, en su *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, explícitamente identifica como objeto de esta disciplina, a los diversos ordenamientos constitucionales considerados en su conjunto; a los sectores particulares de estos ordenamientos, o bien a las instituciones constitucionales particulares que

⁷³ *Ibid.*, p. 245.

⁷⁴ "Si se observa con atención el orden jurídico, uno se percató que, contrariamente a lo que habitualmente se cree, la constitución no es una cosa sino una función. Esta función constitucional es esencial al orden jurídico puesto que es la que permite identificar los diferentes elementos que forman un orden jurídico. Los materiales jurídicos (leyes, testamentos, tratados, constitución, sentencias, etcétera), así como los actos que los crean y aplican, no son independientes los unos de los otros. Los materiales jurídicos se encuentran en tal forma relacionados que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que los crean se produzcan o efectúen en un cierto orden que va de los actos jurídicos condicionantes (e.g. actos legislativos), a los actos jurídicos condicionados (pronunciamiento de sentencias, ejecuciones, etcétera), conexión sin la cual no es posible la 'creación escalonada del derecho'". "La existencia de 'constitución' escrita conduce necesariamente a la siguiente pregunta: ¿es la 'constitución' escrita una constitución, en el sentido en que la he descrito anteriormente? A este respecto no cabe sino la siguiente respuesta: la 'constitución' escrita será constitución si, y sólo si, las disposiciones que la forman (excluyendo las declaraciones irrelevantes y las demás disposiciones formalmente constitucionales) contienen las normas (que confieren facultades) que establecen los primeros procedimientos de creación del orden jurídico nacional, id est, que introducen las 'reglas de formación' del orden jurídico. Cierta texto será la constitución de un orden jurídico estatal si en él se encuentran contenidas, efectivamente, las normas que autorizan la creación de todas las demás normas de un orden jurídico nacional." *Ibid.*, pp. 282 y 301-302.

⁷⁵ García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

corresponden a ordenamientos estatales.⁷⁶ Y lo mismo hace el profesor José Afonso da Silva, autor que es punto de referencia obligada del derecho constitucional comparado en América Latina, en su libro *Um puoco de Dereito Constitucional Comparado*. Para este connotado autor, el objeto de la mencionada materia consiste en confrontar normas, institutos e instituciones de ordenamientos constitucionales de estados diferentes, para evidenciar sus semejanzas y diferencias.⁷⁷

Como puede observarse, estas definiciones sobre el objeto del derecho constitucional comparado reflejan una forma de entender el concepto mismo de Constitución. En dichas definiciones se considera a la Constitución como 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.⁷⁸ Se trata, en suma, de definiciones centradas en el Estado-nacional.

6. Globalización y el tipo ideal del Estado constitucional

Ahora bien, la investigación que nos hemos propuesto emprender, parte de la siguiente pregunta general: ¿lo que podríamos identificar con el concepto de globalización, afecta de alguna forma este tipo ideal, esta narrativa, este imaginario o 'gran relato'? En otras palabras, si tomamos al modelo ideal en su carácter descriptivo-explicativo: ¿explica y describe el modelo de manera adecuada y completa el mundo jurídico-constitucional actual?

Si planteamos esta pregunta, entonces la investigación debe dirigirse a examinar el mundo jurídico-constitucional actual, para buscar manifestaciones o fenómenos empíricos que no son descritos ni explicados de manera adecuada por el modelo ideal.

⁷⁶ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 82.

⁷⁷ Silva, José Afonso da, *Um puoco de Dereito Constitucional Comparado*, Malheiros Editores, Brasil, 2009, p. 29.

⁷⁸ Saunders, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006, p. 50.

De esta forma, consideramos que en el nivel descriptivo-explicativo, el modelo ideal entra en problemas:

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.

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.⁷⁹

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

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.

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 e institucionales dentro de sus fronteras territoriales.

⁷⁹ Uso aquí una hipótesis de Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 29, 2003, pp. 29-30

Si es posible encontrar circunstancias en que el Estado no tenga la exclusividad en la producción de Derecho;

Si es posible identificar Derecho que no tenga el *pedigree* democrático que el tipo ideal presupone.

Si hay actores y procesos no nacionales que influyen en la definición de contenidos de las Constituciones nacionales.

Si hay normas de contenido constitucional que no están en el texto de la constitución.

Si hay formas de poder no controlables por la constitución nacional.

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.

Si el juez constitucional, en la adopción de su decisión, considera no nada más a sus auditorios nacionales, sino a otros auditorios "externos".

Si hay otras normas, aparte de la Constitución, que sirvan para determinar el significado del resto de las normas del sistema.

Si una, varias o todas estas condiciones o posibles 'puntos de ruptura' se dan en la realidad, entonces estamos ante un cambio en el objeto de estudio del

derecho constitucional como hasta ahora lo hemos entendido, lo cual requiere de una revisión por el posible impacto que pueda tener en las dimensiones descriptiva- explicativa y prescriptiva del modelo, y a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, y del derecho constitucional comparado.

7. Identificación inicial de algunos fenómenos relevantes para la investigación

Ante este planteamiento, debemos señalar que existe toda una corriente de estudios y análisis académicos que, preocupados por una serie de fenómenos 'nuevos' y sus implicaciones para los fundamentos del modelo de Estado-nacional y constitucional, han identificado la existencia efectiva de uno o varios de los 'puntos de ruptura' arriba anotados.

De esta manera, algunos autores sostienen que las instituciones de la 'gobernanza global' económico financiera (BM, FMI) tienen o pueden llegar a tener un impacto sobre la evolución institucional (que puede llegar al nivel constitucional), de diversos países. Con ello se alude al fenómeno de generación y recepción de modelos jurídicos, doctrinales y normativos impulsados por organizaciones supranacionales u organismos de crédito internacionales. Se trata de un grupo heterogéneo de sujetos que proponen la adopción de reglas jurídicas en el marco de proyectos de "asistencia técnica" o "asistencia jurídica", iniciativas que pueden adoptar diferentes modalidades: ayuda de organismos de Estado; asistencia de organizaciones internacionales; ayuda de fundaciones y organizaciones privadas; o ayuda de centros universitarios. En este tema, Ajan ha sugerido que en determinados sectores altamente "técnicos", la presencia de un único sujeto que propone modelos es una garantía de uniformidad. Y el hecho de que otorgue créditos y otras ayudas económicas es garantía de adopción del modelo propuesto.⁸⁰

Desde una perspectiva sociológica John Meyer et al. Han propuesto la idea de que muchas características del estado-nación contemporáneo derivan de

⁸⁰ Ajan, Gianmaria, "La Circulation de Modèles Juridiques dans le Droit Post-Socialiste", *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 4, Oct.-Dic., 1994, pp. 1088, 1094-1101 y 1103.

modelos mundiales contruidos y propagados a través de procesos culturales y de asociación de carácter global. Asimismo, nos hablan de la institucionalización de modelos mundiales comunes, y explican cuáles son los mecanismos de difusión.⁸¹

Y desde una perspectiva jurídica, autores como Teubner afirman que hoy por hoy, en razón de la globalización:

“La unidad primaria no es más la nación que expresa su espíritu único en un derecho propio como una experiencia cultural que no puede ser compartida por otras naciones con diferentes tradiciones culturales. En cambio, los derechos nacionales- similares a las economías nacionales- se han separado de su original incrustación comprensiva en la cultura de una nación. Y procesos globalizadores han creado una red mundial de comunicaciones jurídicas que reduce los derechos de los estados nacionales a meras partes regionales de esa red, las cuales están en estrecha comunicación entre sí. Por tanto la transferencia de instituciones jurídicas no es ya un asunto de una interrelación entre sociedades nacionales en que la institución transferida lleva consigo la carga entera de su cultura nacional original. Más bien, es un contacto directo entre órdenes jurídicos dentro de un discurso jurídico global. Esto explica la frecuente y relativamente fácil transferencia de instituciones jurídicas de un orden jurídico a otro. Sin embargo, al mismo tiempo sus vínculos con la “vida de las naciones” no se ha desvanecido. Aunque se han debilitado aún existen, pero en una forma diferente.”⁸²

Por otro lado, es posible identificar a otros autores que sugieren que en algunos casos, el derecho doméstico, si bien parece ser ‘hecho en casa’, está fuertemente influido por una normativa diseñada ‘afuera’, por parte de organismos internacionales de diverso tipo. Tal es el caso, por ejemplo, de Delbrück, quien ha observado este fenómeno en la Unión Europea, especialmente a través de recomendaciones que son implementadas a nivel doméstico, a través de órdenes ejecutivas u otro tipo de reglamentos, que no

⁸¹ Meyer, John, et al., “World Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No. 1, July 1997, p. 163.

⁸² Si bien la idea de la autonomía del derecho no puede llevarse al extremo de olvidarse de la sociedad y los vínculos culturales. Debe observarse, en cambio, qué pasa cuando el derecho es separado de sus raíces nacionales. 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. 15-16.

son leyes producidas por el poder legislativo, con lo cual se evita o elude el proceso legislativo nacional.⁸³

Lo anterior está asociado con la creciente importancia que tienen las organizaciones intergubernamentales en la política global. El fenómeno ha sido identificado a través de contribuciones como la de Luard, quien ya desde 1977 observaba el gran crecimiento de lo que él denomina el “gobierno internacional”; un gobierno que, a pesar de la aparente diferencia básica con el gobierno doméstico (basado en la posibilidad del ejercicio de la coacción física por parte del Estado), en realidad tiene la capacidad de influir en la conducta, las decisiones y los sistemas jurídicos de los Estados.⁸⁴

Es decir, ante el surgimiento de problemas de carácter internacional,⁸⁵ que los Estados no pueden resolver de manera aislada, por sí solos, éstos han entrado en asociaciones cooperativas con otros Estados, creando instituciones que sirvan para resolver dichos problemas. Se trata, además, de una tendencia que viene desde el siglo XIX, como lo ilustran el manejo de los servicios postales y telégrafos, a través de “uniones internacionales”. Sin embargo, en particular después de la segunda guerra mundial ha surgido gran cantidad de instituciones internacionales, agencias, consejos y otras organizaciones cuya tarea es dar soluciones a los problemas a nivel mundial, lo cual ha ocasionado una importante transformación de la política internacional. Esta-dice Luard- es la revolución silenciosa de nuestra generación.⁸⁶

El punto principal para los efectos de este trabajo, es que si el material normativo producido por este tipo de organismos internacionales influye de una

⁸³ Delbrück, *op. cit.*, pp. 29-30

⁸⁴“Luard, Evan, *International Agencies: The Emerging Framework of Interdependence*, Macmillan, The Royal Institute of International Affairs, Gran Bretaña, 1977, p. 1.

⁸⁵ Problemas relativos a materias como: energía, alimentación, explosión demográfica, medio ambiente, terrorismo, uso de recursos del lecho marítimo profundo, regulación de multinacionales, telecomunicaciones, etc.

⁸⁶ *Ibid.*, p. vii.

manera significativa el contenido de normas de rango constitucional, entonces estamos ante un 'punto de ruptura' de los que hemos hablado líneas arriba.

Asimismo, puede identificarse a autores que han señalado la existencia de formas de poder con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, distintas al poder estatal. Anderson, por ejemplo, sostiene que, producto de la privatización y la desregulación del llamado 'Consenso de Washington', el Estado ya no es activo e intervencionista, sino que ha pasado de proveedor a facilitador. Muchas funciones y servicios antes estatales son ahora privadas. Y se han formado verdaderos sistemas transnacionales de poder que en parte están por fuera del sistema interestatal, formadas por redes entre las grandes corporaciones transnacionales. Estamos-afirma Anderson- ante el surgimiento de nuevas formas de autoridad y de poder que no se ajustan al paradigma del estado nación. La capacidad del estado para ejercer poder político ha disminuido, lo cual no significa la desaparición de la política, sino su reconfiguración.⁸⁷

Ejemplos de esas nuevas formas de autoridad y de poder pueden encontrarse en el arbitraje internacional para resolver disputas comerciales transnacionales.⁸⁸ O bien el poder de las corporaciones multinacionales, como actores políticos con gran poder para influir la agenda de debates sobre política pública, movilizar recursos; incluso con capacidad de oprimir a individuos, y poner límites a la acción de los Estados, y aun generar regímenes normativos para gobernar áreas clave de la vida social: los regímenes internacionales privados, como fuente de gobernanza, que sin reemplazar al Estado, interactúan con él.⁸⁹

Si en realidad estamos ante la difusión de la autoridad y del poder, en el contexto de la economía global, habría que preguntarse acerca de la capacidad del constitucionalismo para controlar y vigilar esas formas de autoridad y poder,

⁸⁷ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 7

⁸⁸ Incluso puede pensarse en instituciones como el Tribunal de Arbitraje Deportivo de Laussane, Suiza, que puede influir de manera importante en la vida de las personas cuyos casos llegan a su jurisdicción, en temas de *dumping* deportivo, por ejemplo.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 6-10.

y si el paradigma centrado en el Estado-nacional sigue siendo adecuado, en sus términos.

A lo anterior se suma la existencia y expansión de sitios de autoridad que compiten con el Estado, reclamando capacidad regulatoria así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia. A esos sitios se refiere Held cuando dice que hay entidades públicas y privadas, operando a nivel nacional, regional y global, que están profundamente implicadas en la toma de decisiones y la acción regulatoria dentro de éstas y otras muchas esferas.⁹⁰ Y no se trata de la sustitución del Estado, sino de su articulación con complejas redes y procesos económicos, organizativos, administrativos, legales y culturales que lo limitan.⁹¹

En el mismo sentido, Delbrück se ha referido a instituciones como la ONU (y en especial el Consejo de Seguridad), OMC, OMS, OIT, FAO e ICAO como organismos que ejercen autoridad pública (si bien reformula este último concepto). Estos son ejemplos-dice el autor- de cómo la autoridad pública ya no es exclusivamente ejercida dentro de entidades territoriales claramente definidas (dentro de estados soberanos); más bien, la “producción de bienes públicos” ha cambiado, en parte, a entidades internacionales y a veces supranacionales no estatales, que son formadas por los estados pero que tienen su propio estatuto jurídico y capacidad para actuar al lado de los estados.⁹²

Por otra parte, tanto la literatura sobre la OMC, y en particular la referida al mecanismo de solución de controversias; o bien la relativa a los tribunales arbitrales del TLCAN (en particular en materia anti-dumping y de inversión extranjera); así como los debates sobre la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh) y los tribunales nacionales

⁹⁰ Held, David, ¿Hay que Regular la Globalización? La Reinención de la Política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa, México, 2003, pp. 33-34.

⁹¹ De hecho, Held sugiere también que estos fenómenos han alterado el equilibrio entre poder público y poder privado, *Ibid.*, pp. 33-39.

⁹² Delbrück, *op. cit.*, pp. 29-30

(incluidos el juez constitucional respectivo), parece identificar instancias en las que el Estado no es poder indisputado y supremo para prevalecer en todo caso dentro del territorio respectivo.⁹³ Asimismo, en el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el emergente concepto de ‘control de convencionalidad’ requiere de los jueces nacionales (de todos) ejercer un ‘control de convencionalidad en sede nacional’, lo cual plantea una serie de problemas técnicos y operativos que más adelante discutiremos. Por el momento, baste decir que este tipo de control significa que el juez constitucional (de hecho, y en la propia formulación de la CrIDH, todos los jueces en el ámbito interamericano), deben aplicar no solamente la Constitución nacional sino otro tipo de normas, es decir, las convencionales, en materia de derechos humanos.

Además de lo anterior, se ha observado la existencia de regímenes normativos que niegan al Estado el control exclusivo de personas o de bienes materiales. Tal es el caso, por ejemplo, del sistema interamericano de derechos humanos; o bien del régimen en virtud del cual una la UNESCO ha producido una lista de bienes considerados como Patrimonio de la Humanidad, que limitan el poder del Estado sobre ellos.⁹⁴

En cuanto al tema de la existencia de normas jurídicas con falta de *pedigree* democrático que el tipo ideal presupone, tenemos a autores como Bogdandy, quien ha analizado el impacto de la globalización sobre el principio democrático consagrado por las constituciones de los Estados-nacionales. Para este autor, la proliferación de organizaciones internacionales y la expansión del derecho internacional, así como la creciente autonomía de ambos respecto de las

⁹³ Según Sagüés, el “control de convencionalidad”, tal y como está evolucionando en el sistema interamericano, se perfila a la postre, como un “control de supraconstitucionalidad”, ejercido por la Corte Interamericana, quiéraselo o no llamar así. Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘Control de Convencionalidad’ como Instrumento para la Elaboración de un *lus Commune Interamericano*”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un *lus Constitutionale Commune* en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010, p. 464.

⁹⁴ Como es el caso del debate jurídico que se dio en torno a la construcción de un puente en Dresden porque afectaba parte del río Elba que ha sido incluido en la lista de la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad. Bogdandy, Armin von, Dann, P. y Goldmann, M., “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal* vol. 9, No. 11 (1 November 2008), pp. 1375-1376.

preferencias de estados individuales, puede afectar la simbiosis históricamente formada entre el Estado-nación y la democracia, en el entendido de que esta simbiosis implica que la legitimidad del Estado y del derecho (estatal), proviene precisamente del principio democrático.⁹⁵

Por su parte, a Kumm le preocupa igualmente que la expansión y cambio de carácter del derecho internacional (y su capacidad para incidir directamente sobre las personas, en materias antes reservadas a la acción doméstica del derecho estatal), está llevando a cuestionarle desde la perspectiva del principio democrático.⁹⁶

En tanto que Pedro de Vega observa que en la lógica de la globalización económica, se da la ausencia cada vez más notoria del principio democrático como criterio justificador de la estructura estatal, por lo que se ha hecho necesaria la apelación al principio liberal como supremo y definitivo supuesto de legitimidad.⁹⁷

Asimismo, al lado de los actores relevantes en los procesos constitucionales que el paradigma tradicional supone (pueblo-electorado nacional-representantes del electorado nacional-poder constituyente nacional-litigantes nacionales-juez constitucional nacional), han aparecido verdaderas redes transnacionales, compuestas por actores no estatales (por ej. ONGs) que cada

⁹⁵ Bogdandy, Armin von, "Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law", *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004, p. 885-889.

⁹⁶ Kumm, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004, p. 931.

⁹⁷ Vega, Pedro de, "Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, p. 192. Pisarello señala algo parecido, al decir que: la globalización económica ha generado constricción de los espacios políticos, cargando de opacidad el funcionamiento de las sociedades actuales, los gobiernos democráticos han reasignado parte de su autoridad a unas elites que operan de forma casi invisible, lejos del control del electorado. "La globalización, en consecuencia, se convierte en la cobertura de un nuevo derecho económico internacional que suprime la participación democrática en beneficio de un descarnado decisionismo tecnocrático, a la vez que sepulta los más elementales principios de publicidad bajo el imperio de la opacidad y del secreto.", Pisarello, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del Cosmopolitanismo Jurídico", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, pp. 246- 247.

vez son más visibles e influyentes a nivel de la política internacional. En particular, hay cierto tipo de redes como las denominadas *redes transnacionales de defensa* (RTD) que, según autoras como Keck y Sikkink, multiplican los canales de acceso al sistema internacional; y borran las fronteras entre las relaciones del estado con sus propios nacionales y la capacidad que tienen tanto ciudadanos como estado de recurrir al sistema internacional. Con ello, afirman estas autoras, las RTD ayudan a transformar la práctica de la soberanía nacional.⁹⁸

A su vez, estas redes se involucran en lo que Koh ha denominado el “proceso jurídico transnacional”, el cual se refiere a la teoría y la práctica acerca de cómo actores públicos y privados-estados nacionales, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no-gubernamentales, e individuos interactúan en una variedad de foros públicos y privados, domésticos e internacionales, para crear, interpretar, aplicar y en última instancia, internalizar las reglas de derecho transnacional.⁹⁹ En la medida en que este tipo de actores puede llegar a afectar el contenido de las constituciones nacionales, o la interpretación que de los derechos hace el juez constitucional doméstico, adquieren una relevancia que el paradigma tradicional encuentra complicado admitir y explicar.¹⁰⁰

Por su parte, Anne Peters afirma que la globalización ha llevado a que funciones de gobierno típicamente estatales, como garantizar seguridad humana, libertad, igualdad, están siendo parcialmente transferidas hacia

⁹⁸ Keck, Margaret y Sikkink, Katharyn, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 1-2.

⁹⁹ Koh, Harold Hongju, “International Legal Process”, *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 183-184. Siguiendo a Philip Jessup, Koh entiende por derecho transnacional todo derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales y que incluye tanto derecho internacional público y privado, además de otras reglas que no encajan enteramente en dichas categorías. Ver ⁹⁹ Koh, Harold Hongju, “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 98, pp. 2346-2362.

¹⁰⁰ Lo que le interesa a Koh es explicar cómo es que los gobiernos pueden ser presionados para cumplir con el derecho internacional. Así, el modelo del proceso jurídico transnacional predice que los gobiernos se verán compelidos a cumplir con el derecho internacional si se impulsa agresivamente procesos jurídicos transnacionales de manera tal que se fueren interacciones en foros capaces de generar normas, seguidas de internalización de dichas normas. El litigio transnacional de derecho público impulsado por ONGs está diseñado precisamente para provocar la acción judicial que ha de crear dichas fricciones, ayudando con ello a dar forma a dirección normativa de las políticas de gobierno. *Ibid.*, pp. 206-207.

niveles “superiores” e incluso, a actores no-estatales. A su vez, esto significa que la ‘gobernanza’ (entendida como el proceso de regulación y ordenación de temas de interés público) es ejercida más allá de los confines constitucionales de los estados, lo cual implica que las constituciones estatales no pueden ya regular la totalidad de la gobernanza de una manera comprehensiva, y que la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo está siendo derrotado. Ante esto, el hueco en las constituciones nacionales afecta no solamente el principio constitucional de democracia, sino también el ‘rule of law’ y el de seguridad social. Sobre todo, las constituciones estatales no son más ‘constituciones totales’. En consecuencia, debemos pugnar-dice Peters- por una constitucionalización compensatoria en el plano internacional (*compensatory constitutionalization*). Solamente los varios niveles de gobernanza, tomados en conjunto, pueden proporcionar protección constitucional completa.¹⁰¹

En un sentido parecido, y al recurrir al concepto de pluralismo jurídico para explicar los cambios en el mundo del derecho en la era de la globalización, Bogdandy afirma que ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un ‘pluriverso’ normativo, como está sucediendo de manera evidente en Europa.¹⁰² La pregunta sería: ¿estará esto sucediendo en otros contextos, fuera de la experiencia de la Unión Europea?

Al sostener la idea (que más adelante criticaremos) de que la OMC desempeña ‘funciones constitucionales’, algunos autores sugieren que existen lo que podrían considerarse como normas de contenido constitucional que no están en el texto de las Constituciones estatales.¹⁰³ Pero la perspectiva cambia cuando en lugar del derecho de la OMC hablamos del derecho internacional de los derechos humanos, el cual conecta directamente con la tradición del

¹⁰¹ Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, no. 19, 2006, p. 580.

¹⁰² Bogdandy, Armin von, “Configurar la Relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010, p. 565.

¹⁰³ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 2, 2003, p. 242.

constitucionalismo moderno. Ahí sí es posible afirmar (como explicaremos con detalle más adelante) que existen normas de contenido constitucional que no están en el texto de la constitución nacional, y que forman parte del 'pluriverso' jurídico que se ha venido estructurando en las últimas décadas.

En relación con la emergencia de formas de poder no controlables por la constitución nacional, algunos autores han señalado que existen decisiones emitidas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU, dirigidas contra Al-Qaida y los Talibanes, respecto de las cuales se puede considerar que tienen el potencial de vulnerar derechos fundamentales de diversos sujetos, y que han planteado el problema de determinar si existe o no alguna vía (doméstica o internacional) para impugnarlas.

De hecho, dichas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU fueron impugnadas por varios de los afectados, ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, alegando violaciones a sus derechos fundamentales por determinados reglamentos comunitarios, adoptados en ejecución de resoluciones del Consejo de Seguridad. El Tribunal referido terminó por desestimar los recursos de los demandantes por infundados. Sin embargo, los casos han llevado a parte de la comunidad académica a afirmar cosas como la siguiente: "Si el Consejo de Seguridad continúa actuando como una agencia administrativa que afecta directamente a los derechos humanos, deben introducirse reformas para una mejor protección de dichos derechos".¹⁰⁴ Un debate similar se dio en el año 2000, en relación con el caso de diversas decisiones adoptadas por la Oficina del Alto Representante de las Naciones Unidas en Bosnia. En dicho caso, la Corte Constitucional de ese país emitió una resolución sin precedentes, en virtud de la cual definió que sí podía revisar, en ejercicio de control de constitucionalidad, ciertas decisiones de dicha Oficina.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Tomuschat, C., citado por Gallo Cobián, Virginia *et al.*, "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, pp. 176-179.

¹⁰⁵ Caso U9/00, Corte Constitucional de Bosnia/Herzegovina, Nov., 3, 2000.

Por otro lado, algunos autores han señalado que el contexto psicosocial del juez constitucional nacional, ha tenido un impacto en cuanto al destinatario a quien va dirigido el esfuerzo de persuasión (el 'auditorio'¹⁰⁶) de aquél. Así, para Bahdi, la globalización ha infiltrado a la toma de la decisión judicial. El incremento en el uso de derecho internacional en tribunales domésticos en todo el mundo constituye un síntoma y una causa de dicha globalización.¹⁰⁷ Este autor identifica y explora las justificaciones o razones de los tribunales nacionales para apoyar sus referencias al derecho internacional de los derechos humanos. Entre ellas, menciona a la preocupación por evitar valoraciones negativas por parte de la comunidad internacional. Se trata de una lógica de "el mundo está observando" ("*the world's is watching logia*"), en el sentido de que la conciencia de que el mundo está pendiente, genera una preocupación de evitar sentirse avergonzados frente a miembros de la comunidad internacional. Una ansiedad de evitar la crítica internacional. Estamos así ante la percepción de los jueces constitucionales de que la comunidad internacional tiene expectativas respecto de sus miembros y que esas expectativas incluyen la determinación de derechos individuales a nivel nacional.¹⁰⁸

Por último, existe evidencia de que en algunos casos, el juez constitucional, y también tribunales internacionales, han empleado material del llamado *soft law* en la resolución de casos. Es decir, es posible identificar normas, aparte de la Constitución, y aparte de convenciones internacionales vinculantes, que sirven para determinar el significado (y la validez o invalidez) del resto de las normas del sistema. Tal es el caso, por ejemplo, del uso que la Corte Constitucional Colombiana y la CrIDH han hecho de estándares de las Naciones Unidas, por

¹⁰⁶ Perelman, *op. cit.*, pp. 162-163, 193 y 228.

¹⁰⁷ Bahdi, Reem, "Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts", *George Washington International Law Review*, vol. 34, 2002, p. 555.

¹⁰⁸ "Globalized self-awareness reflects a judicial desire to be accepted by an international community. This desire for acceptance betrays itself most clearly when judges invoke the notion of "civilization". Judgments across jurisdictions proclaim the desire to be a part of a "civilized" world of judgment. The concept of civilization remains, of course, inherently value laden and relational- one is not "civilized" in isolation of others. Rather, the notion of being "civilized" requires one to live up to certain standards that are external to one's self; it signals a desire for participation in and acceptance by a community that has the power to define the standards of acceptance." *Ibid.*, pp. 556-557 y 591.

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 ha 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.¹⁰⁹

Por otro lado, Góngora reporta también que la Corte Constitucional de Colombia ha acudido de manera reiterada a algunos de estos instrumentos, particularmente la resolución de Naciones Unidas de Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación y a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, en la resolución de varios casos.¹¹⁰

Ahora bien, el breve repaso a toda esta corriente de literatura académica que viene desde hace tiempo reflexionando sobre diversos temas relativos a la relación entre la globalización, los sistemas jurídicos nacionales y el sistema jurídico internacional, nos permite identificar que efectivamente existen ciertos fenómenos y procesos que pueden significar ‘puntos de ruptura’ con el paradigma tradicional del Estado constitucional. El presente trabajo se propone profundizar en esta discusión, con base en el estudio del caso específico del Estado nacional mexicano.

¹⁰⁹ Esto lo reporta 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?**, Tomo II, UNAM, México, 2010, pp. 424-425.

¹¹⁰ *Idem.*

En el plano prescriptivo, estos 'puntos de ruptura' nos hacen dudar acerca de premisas tradicionalmente aceptadas por los operadores jurídicos en cuanto a lo que *debe ser* la interpretación y aplicación del derecho constitucional. Ante los referidos 'puntos de ruptura': ¿cuál es la interpretación 'adecuada'?; ¿qué material normativo es el 'propio' para hacer la interpretación constitucional?; ¿cómo hacer la interpretación constitucional 'correcta' ante el nuevo escenario?

Desde nuestra perspectiva, sería poco adecuado optar por encerrarse en el modelo tradicional como si no pasara nada 'afuera'. Mejor sería revisar el modelo para generar nuevas explicaciones sobre lo que está pasando en el mundo jurídico, que a su vez permitan producir prescripciones acerca de cómo operar en el nuevo contexto.

8. El enfoque del pluralismo jurídico

Desde una perspectiva explicativa, el complejo escenario que presentan los fenómenos a que arriba hemos aludido, han tratado de ser capturados por el enfoque del pluralismo jurídico. En su versión original, este enfoque se refería a la co-existencia de órdenes jurídico-normativos empalmados en un mismo campo social (específicamente en sociedades coloniales), retando con ello el percibido monopolio del estado en producir y administrar el derecho.¹¹¹ Sin embargo, en el contexto de la globalización y sus efectos sobre el ámbito jurídico, el pluralismo se identifica con la co-existencia de diversos órdenes jurídicos en el mundo, la dispersión de fuentes de producción y de decisión jurídicas, y la pérdida del poder monopólico del Estado sobre el Derecho.¹¹²

En otras palabras, si en el enfoque de la antropología jurídica el pluralismo jurídico centraba su atención en la co-existencia de otros derechos aparte del derecho estatal (es decir, órdenes jurídicos de los grupos colonizados), dentro del marco territorial de los Estados nacionales coloniales, el enfoque actual, vinculado al análisis del impacto de la globalización sobre los sistemas jurídicos

¹¹¹ Michaels, Ralf, "Global Legal Pluralism", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, p. 244-245

¹¹² Núñez, Manuel, "Una introducción al Constitucionalismo Postmoderno y al Pluralismo Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, no. 1, 2004, p. 126.

nacionales, centra su atención en la existencia de órdenes jurídicos ‘por encima del plano del Estado’.¹¹³

Vinculada al pluralismo jurídico, está la idea del surgimiento de una pluralidad de sitios de autoridad, que reclaman capacidad regulatoria propia, la cual se traduce en la producción de normas que influyen la conducta tanto de los Estados como de las personas que viven y actúan dentro de éstos. Se trata de sitios de alcance sectorial o funcional, que en algunos casos pretenden tener no solamente una autoridad normativa independiente (de los Estados), sino incluso una autoridad superior a la de los Estados (dentro de su respectivo ámbito sectorial o funcional).¹¹⁴

Algunos de estos sitios tienen un origen público, como sería el caso de los órganos de la Unión Europea (p. ej., el Consejo, con capacidad para producir derecho comunitario), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano de resolución de disputas de la OMC o los tribunales arbitrales del TLCAN.¹¹⁵ Otros son de carácter privado, como vendrían a ser los tribunales de arbitraje comercial internacional (surgidos en el marco de la llamada *lex mercatoria*, como es el caso de la Corte Internacional de la Cámara Internacional de Comercio).¹¹⁶ Y otros más tienen un carácter híbrido (público privado), como es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (mejor conocida por sus siglas en inglés, ISO) y la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), en cuya estructura participan actores públicos y privados;

¹¹³ Gessner, Volkmar, “Comparación jurídica y pluralismo jurídico global”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Globalización y Derecho, Justicia y Profesión Jurídica*, vol. I, UNAM, México, 2010, pp. 99-100.

¹¹⁴ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 346 y 356.

¹¹⁵ El origen de los tribunales arbitrales del TLCAN es público pero, como se verá, se integran con árbitros privados, y emplean mecanismos de resolución de disputas típicos del arbitraje comercial, propios del ámbito privado.

¹¹⁶ Silva, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La Regulación de las Relaciones Comerciales Internacionales”, en Silva, Jorge A. (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, UNAM, México, 2006, pp. 225-285.

Ahora bien, si es verdad que algunos de estos sitios producen material normativo de manera independiente o semi-independiente de los Estados nacionales; y si, adicionalmente, ese material normativo tiene la misma materia u objeto que las normas constitucionales de los Estados (referidas, por ejemplo, a derechos humanos o bien a procesos de gobierno clave), entonces, como hipótesis, estamos ante una situación de empalme, de mezcla, de fronteras jurisdiccionales inciertas, entre sitios con autoridad constitucional estatales y post-estatales.¹¹⁷

Sin embargo, lo anterior requiere una explicación adicional en relación con el concepto de autoridad, debido a que éste se suele asociar al poder del Estado, en la medida que ciertos órganos investidos con dicho poder, están facultados para mandar y así orientar las conductas de los destinatarios de sus decisiones. Es decir, nuestro esquema mental referido a las relaciones de mando y obediencia que forman el núcleo del concepto de autoridad, se encuentra condicionado por el presupuesto de que ésta solamente se ejerce en el marco del Estado. Y tal concepción implicaría que fuera del Estado no puede haber autoridad política.

Ello no obstante, si en el mundo real observamos que existen instancias no estatales, que toman decisiones y producen normas con una pretensión de ejercer mando y de poner límites y orientar las conductas de sus destinatarios; y si además observamos que estos últimos las obedecen, entonces debemos concluir que es posible extender el concepto de autoridad más allá del ámbito estatal.

Esto es precisamente lo que ha hecho el profesor Bogdandy, quien sugiere un nuevo enfoque en el ejercicio de la autoridad pública internacional, que ha de ayudar a entender la gobernanza global y sus fenómenos, de una manera compatible con la función del derecho público. En este sentido, ha dicho el referido autor:

¹¹⁷ Walker, *op. cit.*, p. 356.

“Definir el ejercicio de la autoridad pública internacional requiere de considerable innovación conceptual, ya que el concepto de autoridad pública ha sido acuñado a la luz de el monopolio estatal de la coerción legítima y el poder soberano sobre los individuos. ¿Cómo podemos definir con exactitud el ejercicio de la autoridad pública? Para este proyecto, definimos *autoridad* como la capacidad jurídica de *determinar* a otros y reducir su libertad, p.e., alterar unilateralmente su situación jurídica o fáctica. Un ejercicio es la realización de esa capacidad, en particular por la producción de instrumentos estándar como decisiones y regulaciones, pero también por la diseminación de información, como los rankings. La determinación puede o no ser jurídicamente vinculante. Es vinculante si un acto modifica la situación legal de un sujeto jurídico diferente sin su consentimiento. Una modificación tiene lugar si una acción subsecuente que contraviene el acto es ilegal. Sin embargo, sostenemos que el concepto de autoridad necesita ser concebido de una manera más amplia que esta definición tradicional. La capacidad para determinar a otros sujetos jurídicos puede también ocurrir a través de actos no vinculantes que solamente condicionan a otro sujeto jurídico. Este es el caso cuando dicho acto ejerce presión para que otro sujeto jurídico lo siga. Ese ejercicio de autoridad pública ocurre con frecuencia a través del establecimiento de estándares no vinculantes que son seguidos, *inter alia*, porque los beneficios de observarlos sobrepasan las desventajas de ignorarlos (p.e los estándares de la OECD para evitar la doble imposición); o porque vienen acompañados de mecanismos de implementación que imponen sanciones positivas y negativas (p. e., el código de conducta de la FAO para la pesca responsable). Además, los sujetos jurídicos pueden también ser condicionados por instrumentos que no tienen operadores deónticos (p.e., datos estadísticos contenidos en los reportes de PISA) construyendo poder comunicativo que el destinatario sólo puede evitar a algún costo, sea de reputación, económico u otro. Sin embargo, ese poder comunicativo puede necesitar alcanzar un cierto mínimo. Esto es especialmente el caso en el que un instrumento está provisto con mecanismos específicos que aseguran que el poder comunicativo tenga que ser efectivamente tomado en cuenta por el destinatario. Por ejemplo, en el caso de las políticas de PISA de la OECD, los reportes son hechos efectivos por los rankings de países y por exámenes repetidos.”¹¹⁸

Para Bogdandy, este entendimiento amplio del concepto de autoridad descansa en datos empíricos en el sentido de que los actos condicionantes pueden limitar la libertad individual y la autodeterminación pública tanto como los actos vinculantes. La libertad de no obedecer un acto condicionante es con frecuencia puramente ficticio. Así, consideraciones de principio subrayan este entendimiento amplio: si el derecho público es entendido, manteniéndonos en

¹¹⁸ Bogdandy, Armin von, Dann, P., y Goldmann, M. “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008, pp. 1381-1382.

el esquema de la tradición liberal y democrática, como un cuerpo de derecho destinado a proteger la libertad individual y a permitir la auto-determinación política, cualquier acto que tenga un impacto sobre esos valores, sea vinculante o no, debe ser incluido si ese impacto es lo suficientemente significativo para abrir una preocupación sobre su legitimidad. En razón de lo anterior, es importante identificar aquellas actividades internacionales que determinan a otros sujetos jurídicos y limitan su libertad.¹¹⁹

Ahora bien, hablar de pluralismo jurídico, ¿lleva necesariamente a hablar de un pluralismo constitucional? La pregunta es pertinente, por las posibles implicaciones de lo que hemos expuesto arriba, pero también en razón de que, como señalan Avbelj y Komárek, la idea de pluralismo constitucional ha ido ganando terreno en los últimos años, en especial (si bien no exclusivamente) vinculado a la experiencia de la Unión Europea.¹²⁰

Si extendiéramos lo que hemos dicho del pluralismo jurídico al concepto de pluralismo constitucional, tendríamos que concluir con Núñez que éste se caracteriza por la coexistencia de diversos órdenes constitucionales aplicables en un mismo espacio político (pluralidad de fuentes constitucionales); de lo cual se derivaría la participación, en forma paralela al Estado, de otras autoridades constitucionales en la adopción de decisiones políticas. Estaríamos así ante la idea de una multiplicidad de espacios o lugares de autoridad constitucional, que reemplaza la idea tradicional de constitución unitaria (o única, como fuente de todas las normas). Para esta línea de razonamiento, ni el Estado ni la constitución nacionales agotan las posibilidades de una autoridad constitucional. Así como la hay dentro la hay también fuera de ese binomio.¹²¹

No obstante lo anterior, Walker afirma que no hay coincidencia exacta entre la idea de pluralismo constitucional y las varias acepciones, más generales, de

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Avbelj, Matej y Komárek, Jan, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325, 2008 revisado en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf> versión estenográfica del simposio.

¹²¹ Núñez, Manuel, "Una introducción al Constitucionalismo Postmoderno y al Pluralismo Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, no. 1, 2004, p., p. 127.

pluralismo jurídico. Si bien, acepta este autor que, siendo coherente externamente, el pluralismo constitucional debe reconocer y tener algo que decir sobre la pluralidad de órdenes jurídicos y fenómenos que son reconocidos por el esquema más general, en la medida en que esos órdenes y fenómenos tienen implicaciones para los circuitos generales de poder político, social y económico que son significativos, y que están cada vez más remotos del alcance del marco constitucional tradicional centrado en el estado.¹²²

Walker propone una idea de pluralismo constitucional que tiene tres características:

- Explicativa: en la medida que es capaz de explicar el surgimiento de múltiples sitios de discurso y de autoridad constitucional, más allá de la visión centrada en el Estado, y explicar el orden post-Westfaliano, no en términos unidimensionales, por referencia a la delegación nacional, intergubernamentalismo y el derecho tradicional de las organizaciones internacionales.
- Normativa: que reconoce la dimensión explicativa y acepta de buena gana sus consecuencias, en el sentido de que la única vía posible es el reconocimiento mutuo y respeto entre autoridades nacionales y supranacionales.
- Epistémica: en razón de que la representación de sitios constitucionales distintos, y de autoridad que emanan de dichos sitios, implica su reconocimiento como unidades distintas, lo cual requiere de una forma distinta de conocer y de entender, como un punto de partida epistémico diferente en relación con dicha unidad.¹²³

¿Pueden los órdenes normativos de la OMC, del TLCAN, del sistema interamericano de derechos humanos, calificarse de ‘constitucionales’?; ¿son los tribunales arbitrales de la OMC y del TLCAN, o bien la CrIDH, ‘sitios con autoridad constitucional’? Si así lo fuera, ¿qué implicaciones tendría respecto

¹²² Walker, *op. cit.*, “The Idea...”, , p. 337

¹²³ *Ibid.*, pp. 337-338.

de los sistemas jurídicos nacionales?; ¿qué impacto tendría sobre concepciones tradicionales acerca de lo que es el Estado, el Derecho y específicamente el derecho constitucional?

Siguiendo a Maduro, podríamos decir que las expresiones actuales de lo que se llama hoy el pluralismo constitucional, son las siguientes:¹²⁴

a. La pluralidad de fuentes constitucionales: que se daría si además de la Constitución nacional, existe algún otro u otros instrumentos normativos (por ejemplo, un tratado internacional), que regulan algunas de las mismas materias que aquélla, con pretensión de ser derecho válido y vigente en el mismo espacio territorial.

b. Pluralismo de jurisdicciones o de diferentes sitios constitucionales: si existieran órganos o instituciones que, además del juez constitucional nacional, están facultados para desempeñar funciones de adjudicación en aplicación de instrumentos normativos que no son la Constitución nacional, pero que regulan algunas de las mismas materias que aquélla.

c. Un pluralismo interpretativo: basado no solamente en diferentes fuentes sino en interpretaciones de la misma fuente que compiten entre sí, de instituciones que no están organizadas de una manera jerárquica.

d. Pluralismo de poderes: nuevas formas de poder público y privado que afectan categorías tradicionales, y sobre todo hacen surgir preguntas constitucionales sobre mecanismos de rendición de cuentas ligadas a las categorías tradicionales.

e. Pluralismo de *polities* o comunidades políticas: idea muy centrada en la experiencia de la Unión Europea que se refiere al surgimiento de un sentido de

¹²⁴ Miguel Poiars Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325-370, 2008. Versión estenográfica del simposio revisada en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf> , pp. 7-10.

comunidad supranacional, sin excluir las comunidades políticas nacionales de las cuales surge.

En la presente investigación nos proponemos emplear todo este marco conceptual, producto del debate académico reciente, para tratar de explicar qué es lo que está pasando en el ámbito jurídico como producto de una serie de procesos y fenómenos identificados con la globalización. Con ello, intentaremos encontrar respuestas a las preguntas planteadas al inicio de nuestro trabajo en relación con el caso mexicano. Y en esta tarea, nuestro punto de partida ha de ser necesariamente el análisis del concepto de *globalización*.

CAPITULO III El concepto de globalización

1. El debate sobre la Globalización

El estudio de la llamada globalización y sus posibles efectos sobre diversas áreas de la vida social se ha convertido en un tema dominante de las ciencias sociales en la actualidad. Desde que se empezó a emplear este término hasta la fecha, son numerosos los estudios que se han dedicado a explorar cómo es que la globalización influye sobre los procesos económicos, culturales, militares y sociales en general.

La ciencia jurídica tampoco ha escapado a esta temática y debates. Se puede identificar en la literatura algunos estudios que abordan el tema de la globalización y el derecho, tanto desde una perspectiva general,¹²⁵ como desde otra más particular, enfocada a examinar la relación entre globalización y derecho constitucional.¹²⁶ La pertinencia de este tipo de estudio se puede justificar si se asume que cada vez más áreas de relaciones sociales están sujetas a influencias, presiones y flujos que provienen de los procesos que se suelen incluir dentro del término de globalización. Así, resulta lógico que se explore y examine si esta última tiene algún impacto en el mundo del derecho.

Ahora bien, considero que no puede avanzarse en este estudio sin una discusión previa de lo que hemos de entender por globalización. Es decir, ante la extraordinaria extensión de lo que puede calificarse como la “retórica de la globalización”, es preciso someter a un análisis crítico este concepto que está lejos de ser unívoco y pacífico. Sobre la base de tal análisis, estaremos en posibilidad de dar mayor claridad a la discusión de los diversos temas que serán abordados en esta investigación.

¹²⁵ Por ejemplo, Twining, William, *Derecho y Globalización*, Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2003; Grossfeld, Bernhard y Hoeltzenbein, Josef, “Globalization and the limits of languages: comparative legal semiotics, *Rechtstheorie*, 35 Band, heft 1, 2004.

¹²⁶ Por ejemplo, Choudhry, Sujit, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, Vol. 74, 1999; McCorquodale, Robert y Fairbrother, Richard, “Globalization and Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 21, No. 3, Agosto, 1999; Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

2. ¿Qué hemos de entender por *Globalización*?

Como afirma Bartelson, actualmente pocos dudan de la realidad de la globalización, si bien nadie parece saber con certeza qué es lo que hace a la globalización real. Así- continúa este autor- mientras no existe un acuerdo acerca de *qué* es la globalización, el discurso sobre la globalización se funda en un acuerdo en el sentido de que la globalización es.¹²⁷

Por su parte, el enfoque desarrollado por Therborn sobre lo que denomina las *globalizaciones* es particularmente útil para introducir algo de orden en el examen de las diversas perspectivas que se han desarrollado al hablarse del fenómeno que nos proponemos estudiar en este capítulo.

Göran Therborn identifica la existencia de cinco discursos sobre la globalización,¹²⁸ que predominan tanto en la academia como en la discusión periodística, a saber:

A. Discurso de la Economía y la Competitividad: cuyo foco de atención es la intensificación de la competencia económica mundial y sus consecuencias para las empresas, los trabajadores y los estados. En este enfoque, predomina la reflexión sobre el cada vez mayor nivel de intercambio comercial a nivel mundial, la movilidad de los factores de la producción y los beneficios que habrán de resultar como consecuencia de las adaptaciones estructurales que conviene realizar a las economías nacionales, así como los retos que las respectivas reformas implican.

B. Discurso socio-crítico: el cual se basa en una preocupación crítica en contra de lo que se percibe como las consecuencias negativas que la globalización en el sentido anteriormente referido puede acarrear, en especial en lo que se refiere a su impacto social.

¹²⁷ Bartelson, Jens, "Three Concepts of Globalization", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000, p. 180.

¹²⁸ Therborn, Göran, "Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000, pp. 151-153.

C. Discurso de la (im)potencia del Estado: el cual se centra en la discusión en torno al grado en que el Estado ha perdido o está perdiendo capacidades de gobierno y de control, en vista de la globalización económica y comercial.

D. Discurso cultural: el cual tiene como referencia la existencia de flujos culturales globales o al menos transnacionales, a través de comunicaciones, encuentros, y sus efectos sobre las formas simbólicas, las imágenes sociales, las prácticas culturales, los estilos de vida y la des-territorialización de la cultura. Uno de los temas principales de esta línea discursiva es si este proceso lleva a la uniformidad o a nuevas formas de diversidad.

E. Discurso de la ecología planetaria: el cual estudia y discute a la humanidad y la sociedad global como parte de un ecosistema planetario, y las consecuencias que la globalización (en particular en sentido económico y comercial) puede implicar para dicho ecosistema.

Después de examinar estas cinco líneas discursivas, Therborn intenta identificar un denominador común, con lo que llega a conceptualizar a la globalización de la siguiente manera: se trata de tendencias hacia el alcance mundial, impacto o interconexión de los fenómenos sociales o hacia una conciencia mundial entre los actores sociales. Sin embargo, como la globalización, entendida de esta manera, es capaz de abarcar un gran número de aspectos de la vida social (es decir, referirse a una pluralidad de procesos sociales), y dentro de cada uno de ellos puede variar en extensión y actuar al tenor de dinámicas diferentes, el autor prefiere hablar del referido término en plural: *globalizaciones*.¹²⁹

A su vez, esta explicación puede considerarse como representativa de toda una tendencia que corresponde a lo que Held y McGrew han denominado los *globalizadores*.¹³⁰

¹²⁹ "...tendencies to a world-wide reach, impact, or connectedness of social phenomena or to a world-encompassing awareness among social actors." *Ibid.* p. 154.

¹³⁰ Es decir, el grupo de científicos sociales que considera que la globalización se refiere a fenómenos de alcance mundial que sí se están produciendo. Held, David y McGrew, Anthony,

Sin embargo, frente a éstos últimos, existe un grupo de científicos sociales que Held y McGrew identifican como los *escépticos* de la globalización, para quienes todo este debate no se refiere a nada que sea particularmente nuevo ni a algo que tenga una sustancia especial y que sea distinta a procesos que vienen ocurriendo en el mundo desde hace siglos.¹³¹

La postura de los escépticos podría resumirse en los siguientes puntos:

A. Si lo global no puede interpretarse literalmente como un fenómeno universal, entonces el concepto de globalización no es más que un sinónimo de occidentalización o americanización.

B. No hay una prueba empírica concluyente de la tesis de la globalización. Por ejemplo, las tendencias contemporáneas relativas a la integración económica mundial no son distintas (y para algunos no son tan intensas), como lo fueron en la llamada *belle époque* de la interdependencia internacional, entre 1890 y 1914.

C. A pesar de la internacionalización de la economía¹³² y la regionalización¹³³, las rutinas de la vida cotidiana están dominadas por las circunstancias nacionales y locales.

D. A pesar del intenso flujo de información y de personas que se da actualmente en el mundo, hay pocos indicios de una cultura global en formación, y pocos indicios de un declive del nacionalismo como base de la identificación con una comunidad política. Más aún, el incremento en el conocimiento de otras ideas y otras personas (distintas a las de la comunidad local y nacional), también puede acrecentar la conciencia de la diferencia y

Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 11 y ss.

¹³¹ *Idem.*

¹³² Crecientes vínculos entre economías o sociedades nacionales distintas.

¹³³ Agrupamiento geográfico de intercambios económicos y sociales transfronterizos.

favorecer la acentuación de lo que es distintivo e idiosincrásico, lo cual puede contribuir a mayor fragmentación cultural a nivel mundial.

E. En general, existe una primacía continuada del territorio, las fronteras, el lugar y los gobiernos nacionales de cara a la distribución y localización del poder.¹³⁴

Para esta postura, las afirmaciones de los “globalistas” acerca de lo que está pasando en el mundo son exageradas y tienden a confundir más que a aclarar el análisis. Las tendencias y procesos que ahora se observan ni son nuevas, ni son distintas a las que provienen del pasado, ni tienen un potencial transformador del orden nacional e internacional vigente en la actualidad.

Ahora bien, en el enfoque crítico de la globalización, un tema constante en la discusión es el relativo a la supuesta novedad de la misma. Y, en realidad, debe aceptarse que la idea de que el mundo entero ha estado inmerso en un proceso creciente de integración no es precisamente novedosa. Desde el siglo XIX, algunos autores, entre ellos Carlos Marx, observaron cómo el capitalismo estaba alcanzando niveles mundiales (hoy diríamos globales), al articular en un mismo sistema los diversos componentes de una compleja organización para la producción, el comercio y el consumo de bienes a lo largo y ancho del planeta.¹³⁵

En tiempos más recientes, autores como Wallerstein han trabajado la idea de que ha existido en distintas etapas de la historia humana, una lógica sistémica mundial que influye sobre los procesos de las diversas unidades políticas y sociales.

Como ya mencionamos en el Capítulo I.7 del presente trabajo, el esquema teórico y conceptual de Wallerstein deriva, en lo fundamental, de una crítica a las perspectivas tradicionales de las ciencias sociales, que desde la Ilustración

¹³⁴ Held y McGrew, *op. cit.*, pp. 14-20 y 37-42.

¹³⁵ Marx, Carlos, *El Capital: Obra Completa: Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, 3ª. Edición, México, 2000.

pero en particular a lo largo del siglo XIX habían consagrado como la unidad de análisis por excelencia al Estado-nacional. Los científicos sociales consideraron que las distintas esferas de la vida- mercado, estado, sociedad civil, eran gobernadas por leyes que podían ser discernibles mediante el análisis empírico y la generalización inductiva, y eso es lo que hicieron, pero circunscribiendo sus análisis a los límites territoriales del presente o incluso los límites que se reclamaban a la fecha.¹³⁶

Sin embargo, entre 1950 y 1960 se dan una serie de debates que empiezan a cuestionar los presupuestos tradicionales de la ciencia social hasta entonces practicada. En gran medida, dichos debates tuvieron como objeto principal el tema de la unidad de análisis. ¿Cuál es la unidad de análisis adecuada? ¿Lo son las sociedades del Estado-nacional, existentes dentro de un marco territorial definido? ¿O bien podría pensarse en una unidad de análisis mayor?

Fue así como a partir de los años setenta del siglo XX se empieza a hablar de los sistemas-mundo de análisis como una perspectiva. Los sistemas-mundo de análisis fueron un esfuerzo por combinar de manera coherente las preocupaciones respecto a la unidad de análisis, la preocupación por las temporalidades sociales y la preocupación por las barreras que se habían erigido entre las diferentes ciencias sociales. En palabras de Wallerstein:

“Los sistemas-mundo de análisis significaron antes que nada la sustitución de una unidad de análisis llamada “sistema-mundo” en vez de la unidad estándar de análisis, que había sido el estado nacional. En la su conjunto, los historiadores habían estado analizando historias nacionales, los economistas economías nacionales, los politólogos estructuras políticas nacionales y los sociólogos sociedades nacionales. Los analistas de sistema-mundo encararon una escéptica ceja, cuestionando si estos objetos de estudio existían verdaderamente, y si en todo caso, eran los sitios de análisis más útiles. En lugar de los estados nacionales como objetos de estudio, los sustituyeron por “sistemas históricos” que, se argüía, habían existido hasta ese momento en sólo tres variantes: minisistemas, y “sistema-mundo” de dos tipos (economías-mundo e imperios-mundo).”¹³⁷

¹³⁶ Wallerstein, Emmanuel, *Análisis de Sistemas-Mundo, Una introducción*, Ed. Siglo XXI, México, 2006, p. 19.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 32.

Lo que nos interesa destacar en este punto, es que los sistemas-mundo no se limitaban a describir algo que ocurre en el mundo moderno, sino que se refieren a formas de organización social de alcance transcontinental, que se han dado de manera sucesiva a lo largo de la historia.¹³⁸ Esta visión tiene un impacto sobre la tradicional forma de explicar los fenómenos sociales. Estos ya no pueden ser explicados en función de procesos internos de las sociedades o de los estados nacionales. Los procesos internos solo pueden ser evaluados y entendidos dentro de un sistema-mundo tomando como totalidad.¹³⁹

Así, el autor argumenta que la realidad social que vivimos determina cuáles son nuestras opciones no han sido la de los múltiples estados nacionales de los que somos ciudadanos sino algo mayor, que denomina sistema-mundo. Sostiene que este sistema-mundo ha contado con muchas instituciones-estados y sistemas interestatales, compañías de producción, marcas, clases, grupos de identificación de todo tipo- y que estas instituciones forman una matriz que permite al sistema operar pero al mismo tiempo estimula tanto los conflictos como las contradicciones que calan en el sistema. Ese sistema es una creación social, con una historia, con orígenes que deben ser explicados, mecanismos presentes que deben ser delineados y cuya inevitable crisis terminal necesita ser advertida.¹⁴⁰

En el medio académico mexicano, autores como Marcos Kaplan han trazado los orígenes de lo que hoy muchos denominan globalización a la Primera Revolución Industrial del siglo XVIII, la consecuente expansión de la economía capitalista a nivel mundial y la formación de un sistema político internacional a escala cada vez más planetaria, procesos todos ellos profundizados durante el siglo XIX.¹⁴¹ Por ello es que este autor considera que la llamada “globalización”, debe verse no como algo nuevo y sin antecedentes, sino como la culminación

¹³⁸ La colocación del guión intenta señalar que se estaba haciendo referencia no a sistemas, economías o imperios de (todo) el mundo, sino sobre sistemas, economías e imperios que son un mundo (pero posiblemente y de hecho, usualmente, sin ocupar la totalidad del globo). Esto es clave: “*Afirma que en “sistema-mundo” estamos frente a una zona espaciotemporal que atraviesa múltiples unidades políticas y culturales, una que representa una zona integrada de actividad e instituciones que obedecen a ciertas reglas sistémicas.*” *Idem.*

¹³⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴¹ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002, pp. 109-139.

de la internacionalización como tendencia histórica universal, que resulta y es constituida por la convergencia, el entrecruzamiento, el mutuo refuerzo y la acumulación de fuerzas, actores, caracteres, procesos y efectos.¹⁴²

Por otro lado, si de una perspectiva eminentemente económica pasamos a una de carácter más bien cultural, podemos también concluir que lo que hoy denominamos “globalización” ha estado en la historia humana por mucho más tiempo de lo que muchos asumen. Es decir, si pensamos en una dimensión cultural de la globalización, entendida como la propagación a escala mundial de patrones o modelos culturales, entonces podemos colegir que, como tendencia histórica, dichos procesos no son precisamente novedosos.

En efecto, uno de los discursos de la globalización entiende que ésta se refiere a la existencia de flujos culturales globales o al menos transnacionales, a través de comunicaciones, encuentros, y sus efectos sobre las formas simbólicas, las imágenes sociales, las prácticas culturales, los estilos de vida y la des-territorialización de la cultura.¹⁴³ Ante esto, resulta evidente, como se puede derivar de los trabajos de Meyer y sus asociados, que por lo menos a partir del siglo XVII se comenzó a dar en el mundo la difusión del modelo del Estado-nacional.¹⁴⁴

Lo interesante a resaltar aquí es que esta difusión de modelos, que Meyer describe como la institucionalización de modelos mundiales comunes, no es algo nuevo, sino que se trata de procesos y tendencias que vienen operando en el mundo desde tiempo atrás, por lo menos desde el siglo XVII si hablamos del modelo de estado-nación, y por lo menos desde el siglo XIX si es que hablamos del Estado constitucional.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibid.*, p. 307.

¹⁴³ Therborn, Göran, “Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000, pp. 151-154

¹⁴⁴ Desde otra perspectiva, John Meyer et al. Han sostenido y defendido la siguiente hipótesis: muchas características del estado-nación contemporáneo derivan de modelos mundiales contruidos y propagados a través de procesos culturales y de asociación de carácter global. Meyer, John, et al., “World Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No. 1, July 1997, p. 163.

¹⁴⁵ Evidentemente, durante el siglo XIX América Latina fue receptora del modelo de Estado constitucional construido en Estados Unidos de América y algunos países europeos. Por su

Desde una perspectiva de corte más jurídico, piénsese también en fenómenos como el de la recepción del derecho romano en la Europa medieval y la extensión de la tradición romano-canónica a escala mundial. Ambos pueden ser caracterizados como producto de flujos culturales-jurídicos transnacionales, que afectaron las formas simbólicas, imágenes sociales y prácticas culturales en lo que tiene que ver con la producción y aplicación del derecho.

Ahora bien, para los efectos de la presente investigación, y para no perdernos en una discusión que nos impida avanzar, pensamos que una forma de superar los términos en que está planteado este debate académico puede darse a través de la ubicación en la historia de los procesos identificados con la globalización. Es decir, consideramos que 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.¹⁴⁶ Por ello, junto con Held y McGrew diríamos que:

“Para entender la globalización contemporánea hay que apoyarse en el conocimiento de lo que diferencia a esas fases, lo que incluye el modo en que esos sistemas y patrones de interconexión global se organizan y reproducen, sus diferentes geografías y la cambiante configuración de las relaciones de poder.”¹⁴⁷

Es decir, hay 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 la globalización a lo largo del tiempo, para así poder establecer lo que es propio de la fase actual.¹⁴⁸

parte, Benedict Anderson analiza el proceso de formación de los nacionalismos en los Estados-nacionales modernos. Para este autor, el nacionalismo es un artefacto cultural creado por el impulso de ciertas fuerzas históricas, y que, una vez creado, se convirtió en un “modelo”, capaz de ser transplantado, con distintos grados de auto-consciencia, a diferentes terrenos sociales, mezclándose con una variedad de constelaciones políticas e ideológicas Anderson, Benedict, *Imagined Communities*, Verso, London and New York, 1990, pp. 13-14.

¹⁴⁶ Held y McGrew, pp. 18-19.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁸ *Idem.*

Vista así la problemática apuntada, podríamos proponer 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.

A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial Intensificación

Distintos autores han puesto el acento en la idea de intensificación, para referirse a la fase actual de la globalización.

Así, para Giddens la globalización puede definirse como "...la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa."¹⁴⁹

Por su parte, Held y McGrew consideran que la globalización "...designa la escala ampliada, la magnitud creciente, la aceleración y la profundización del impacto de los flujos y patrones transcontinentales de interacción social. La globalización remite a un cambio o transformación en 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."¹⁵⁰

En otro trabajo, Held señala que lo "...decididamente nuevo en el sistema global moderno es la expansión de las relaciones sociales en y a través de nuevas dimensiones de actividad-tecnológica, organizacional, administrativa y legal, entre otras- y la intensificación crónica de las pautas de interconexión impulsada por fenómenos tales como las redes de comunicación modernas y la

¹⁴⁹ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Editorial, Tercera reimpresión, Madrid, 2004, pp. 67-68.

¹⁵⁰ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 13.

nueva tecnología de información. La política se despliega hoy en día, con toda la incertidumbre e indeterminación de costumbre, contra el telón de fondo de un mundo moldeado y perneado por el movimiento de bienes y capitales, el flujo de comunicación, el intercambio cultural y el tránsito de personas.”¹⁵¹

Keohane y Nye emplean una frase muy descriptiva de lo que la presente fase de la globalización significa, en comparación con fases anteriores dentro de una tendencia histórica: “faster, cheaper and deeper”. Para estos autores el grado de *engrosamiento* del globalismo está dando lugar a un incremento en la densidad de las redes, mayor “velocidad institucional” y mayor participación transnacional.¹⁵²

Es decir, las tendencias históricas hacia una mayor integración mundial se han acelerado, en lo cual al parecer las técnicas modernas de comunicación electrónica y digital y los medios de transporte han jugado un papel fundamental.

B. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional

En lo económico, 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 dicha manera.

El patrón de organización económica al que nos referimos, que podría denominarse algo así como “economía global”, implica la operación de una red

¹⁵¹ Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 43.

¹⁵² Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr., “Introduction”, en Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000, pp. 8-9.

mundial de fábricas, oficinas, subsidiarias y empresas de servicios que, como explica Sassen conforman un sistema que necesita ser producido, reproducido, mantenido y financiado. Así, hay una muy amplia gama de funciones especializadas que deben ser realizadas para sostener y dinamizar la economía global, que no pueden ser realizadas por actores aislados (por muy poderosos que sean, como las grandes transnacionales). Estratégicas en el desempeño de estas funciones son lo que Sassen denomina las *ciudades globales* (Nueva York, Londres, Hong Kong), en las cuales se concentran los actores o agentes clave para administrar y coordinar la economía global, ciudades que tienen por fuerza una localización en los territorios de algunos estados nacionales.¹⁵³

Por otro lado, una segunda característica novedosa de la globalización económica actual, es 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).¹⁵⁴ Cabe mencionar que en la literatura sobre la globalización, estos fenómenos financieros derivan en la discusión acerca de los límites que estos procesos imponen al Estado, generando una crisis de control sobre los mismos.¹⁵⁵

C. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional

Diversos autores han observado que la época actual se caracteriza por un cambio en el patrón de relaciones internacionales, que hasta hace algunas décadas estuvo dominado por los Estados-nacionales.¹⁵⁶

¹⁵³ Sassen, Saskia, "Territory and Territoriality in the Global Economy", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000, pp. 373-374.

¹⁵⁴ Petras, James y Veltmeyer, Henry, *La Globalización desenmascarada*, Miguel Angel Porrúa, México, 2003. p. 49

¹⁵⁵ Ver los distintos ensayos contenidos en Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma (Coords.), *Regulación de flujos financieros internacionales*, UNAM, 2ª. reimpresión, México, 2001. Y también, Stiglitz, Joseph E., *El Malestar en la Globalización*, Taurus, México, pp. 40-48.

¹⁵⁶ Entre otros Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 99-169; Kapur Debes y Naím, Moisés, "The IMF and Democratic Governance", *Journal of Democracy*, vol. 16, no. 1, Enero, 2005, pp. 89-102; los distintos ensayos contenidos en Prakash, Aseem y Jeffrey, Hart (codees.), *Globalization and Governance*, Routledge, Londres,

Como observa Messner, por ejemplo, al lado del Estado-nación, surgen ahora actores e instituciones con gran poder e influencia a escala internacional como la Unión Europea, ONGs 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 supra regionales, organizaciones no gubernamentales y particulares, quienes intervienen cada vez más en la política global. A su vez, esto lleva a una estructura policéntrica, más que unicéntrica de poder.¹⁵⁷

En segundo lugar, como apunta Messner, las líneas divisorias entre la política interior y exterior se están difuminando cada vez más. A través de relaciones transnacionales los actores externos se inmiscuyen 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; sociedades nacionales, regiones y municipalidades sienten cada vez más el impacto de decisiones tomadas con frecuencia en lugares muy distantes; un sinnúmero de problemas ambientales son a priori de naturaleza global y por lo tanto sólo pueden resolverse mediante la acción conjunta por encima de las fronteras nacionales.¹⁵⁸

D. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales

1999, así como en Higgott, Richard A. et al (coords.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000; y Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, España, 2007.

¹⁵⁷ Messner, Dirk, “La Transformación del Estado y la política en el proceso de la globalización”, *Nueva Sociedad*, no. 163, no. 163, Septiembre-October 1999, pp. 73-74.

¹⁵⁸ *Idem.*

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 aproximarse.¹⁵⁹

Como señala Held, los nuevos sistemas de comunicación contribuyen a transformar las relaciones entre los ámbitos físicos y la circunstancias sociales, y alteran la “geografía situacional” de la vida política y social. Así, nos convertimos en audiencias “directas” de lo que acontece en otras regiones y, a la vez, hacen posible que nos dirijamos a públicos que no están físicamente presentes. Se rompe el tradicional vínculo entre el “ambiente físico” y la “situación social”, creándose nuevas experiencias, nuevas coincidencias y nuevos marcos de significación independientemente del contacto directo entre las personas.¹⁶⁰

No es que el intercambio cultural no hubiese 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.¹⁶¹

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 controlado o regulado por la propia acción del Estado.

¹⁵⁹ Held, *La democracia y el orden global*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹⁶¹ Held y McGrew, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

E. Problemas de alcance planetario

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),¹⁶² 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. Soluciones que podrán consistir en:

A. La cooperación *intergubernamental*

B. El establecimiento de *regímenes internacionales*¹⁶³

C. La conformación de organizaciones políticas *supra-nacionales*

D. El desarrollo de patrones de toma de decisión y acción *transgubernamentales*¹⁶⁴

¹⁶² Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, España, pp. 67-71.

¹⁶³ Krasner define a los regímenes internacionales como conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, implícitos o explícitos, alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales. Krasner, Stephen, “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, en Krasner, Stephen D., (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, EUA, 1983, p. 2. Un ejemplo sería el creado alrededor de la Organización Mundial de Comercio.

¹⁶⁴ Slaughter emplea el término de orden transgubernamental, como una opción que ha empezado a surgir para el manejo y tratamiento de problemas internacionales: “The state is not disappearing, it is disaggregating into its separate, functionally distinct parts. These parts- courts, regulatory agencies, executives, and even legislatures- are networking with their counterparts abroad, creating a dense web of relations that constitutes a new, transgovernmental order. Today’s international problems- terrorism, organized crime, environmental degradation, money laundering, bankfailure, and securities fraud created and

E. 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.

Lo anterior significa, finalmente, que el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo “post-westfaliano”. 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.”¹⁶⁵

Parafraseando a Held, y para los efectos de la presente investigación, podríamos afirmar que el significado de las Constituciones, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estados-nación de la actualidad, debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja, formada por organizaciones internacionales y regionales, por actores no-estatales de carácter transnacional, y por procesos, intercambios y flujos de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación.

Este es uno de los objetivos principales de esta investigación, misma que se conducirá sobre una comprensión de la globalización en los términos arriba referidos. Asumiendo, además, que la globalización se refiere a procesos y dimensiones distintas; responde a tendencias históricas seculares con

sustain these relations.” Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 5, sept-oct, 1997, p. 184.

¹⁶⁵ Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 120.

antecedentes identificables; es irregular¹⁶⁶; no significa universalidad ni implica homogeneidad.¹⁶⁷

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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). Ver Keohane y Nye, *op. cit.*, pp. 2-3.

Capítulo IV. Globalización, Estado y Derecho

I. El debate sobre el Estado en la era de la Globalización

Como ya hemos señalado en la Introducción, el tema del impacto de la globalización sobre el Estado es uno de los más discutidos y que mayor interés ha suscitado en los tiempos recientes. En los extremos del debate, puede identificarse dos polos que proponen hipótesis distintas sobre la naturaleza y alcance de dicho impacto. Por un lado, uno de esos polos sostiene que la globalización ha de llevar a la disolución del Estado o, por lo menos, a su debilitamiento fundamental. Por otro lado, el polo alternativo defiende la idea de que el Estado se está transformando de diversas maneras, en una especie de proceso de adaptación a los procesos y fenómenos identificados con la llamada globalización. A continuación reseñamos dos trabajos representativos de una y otra postura, para después fijar nuestra propia posición respecto del tema debatido.

1. La tesis de la disolución del Estado

Un ejemplo de la primera postura puede encontrarse en el trabajo de Jessica Mathews, quien sostiene que los *absolutos* del sistema de Westfalia se están “disolviendo”. Entre esos absolutos, la mencionada autora identifica los siguientes: la idea de estados territorialmente fijos en los que todo lo de valor se encuentra dentro de las fronteras del estado; la concepción de una autoridad única y secular que gobierna cada territorio y que lo representa hacia afuera, allende sus fronteras; la noción de la inexistencia de otra autoridad por encima de los estados.¹⁶⁸ Asimismo, para esta autora, el Estado-nación se encuentra asediado por diversos frentes, por lo que dichos absolutos se ven cada vez más debilitados, lo cual ha de resultar en el declive de aquél.

Cabe señalar que Mathews identifica como el motor principal de esta tendencia a las nuevas tecnologías de información electrónica, que reducen

¹⁶⁸ Mathews, Jessica, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 1, 1997, p. 50.

drásticamente los costos de comunicación, consulta y coordinación, favoreciendo la creación y consolidación de redes descentralizadas de individuos y grupos capaces de competir con éxito con estructuras jerárquicas de las instituciones tradicionales (como el Estado).¹⁶⁹ Así, la autora observa que estos desarrollos han permitido el surgimiento de actores no-estatales que compiten con ventaja contra el Estado. Como ejemplo de ello, Mathews se refiere a la enorme expansión en el número de Organizaciones No-Gubernamentales (ONGs), cuyo papel e influencia en la vida interna y externa de los Estados se ha multiplicado en los últimos años. Sus recursos financieros, su experiencia técnica y conocimientos, se aproxima y a veces rebasa los de gobiernos más pequeños y de organizaciones internacionales (por ejemplo, Amnistía Internacional). Además-observa la referida autora-dichas organizaciones han penetrado las estructuras oficiales de toma de decisiones (tanto nacionales como internacionales) y de esa forma influyen ya de manera importante en la política pública.¹⁷⁰

Por otro lado, Mathews observa el surgimiento, expansión y desarrollo de las corporaciones multinacionales como otro elemento más de la erosión del poder del Estado-nación. Estas grandes empresas tienden a desconectarse de los intereses de sus países de origen, a transferir empleos a otros países del mundo, a evadir impuestos y a erosionar la soberanía económica de las naciones. Por otro lado, la rápida globalización de los mercados financieros que ha ocurrido en la última década se ha traducido en una pérdida de control de parte de los estados-nación. Los mercados, entonces, son los que establecen reglas de facto que además pueden imponer con su propia fuerza; y aunque los estados pueden intentar oponerse a ellos, los castigos son sumamente severos en términos de pérdida de capitales extranjeros, tecnología y empleo doméstico.¹⁷¹ Asimismo- señala Mathews- las fuerzas que impulsan la

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁷⁰ Observa esta autora que hoy día las ONGs proporcionan más asistencia para el desarrollo que el sistema de la ONU en su conjunto, excluyendo al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional. "The range of these groups' work is almost as broad as their interests. They breed new ideas; advocate, protest, and mobilize public support; do legal, scientific, technical, and policy analysis; provide services; shape, implement, monitor, and enforce national and international commitments; and change institutions and norms." *Ibid.*, pp. 53-55.

¹⁷¹ En la actualidad el movimiento de capitales en los mercados financieros que se da en un día, equivale a 100 veces el volumen del comercio mundial. *Ibid.*, p. 57.

economía global han alimentado organizaciones criminales de alcance también global, como el narcotráfico, que aprovecha la porosidad de las fronteras y los espacios financieros transnacionales y representa un desafío a la seguridad del Estado. Como se puede ver en la experiencia de varios países latinoamericanos, el narcotráfico es un problema que los Estados aislados no pueden enfrentar con éxito por sí solos.

En tercer lugar, afirma Mathews respecto de las organizaciones internacionales, que si bien hasta hace poco eran consideradas como instituciones de los estados-nacionales, actualmente han desarrollado bases propias (*constituencies*) y, a través de las ONGs, han establecido conexiones directas con los pueblos del mundo. Además, son fuente de “soft law”, es decir, de normas y principios en forma de orientaciones, prácticas recomendadas, resoluciones no obligatorias en rápida expansión, con gran eficacia, elaboradas por equipos de especialistas, abogados, científicos e implementadas y monitoreadas por una influyente clase de servidores civiles internacionales.¹⁷²

Por último, observa la referida autora que la política internacional ya no puede pensarse en términos de estados que compiten entre sí, y que defienden sus territorios y representan a sus pueblos hacia afuera. Por encima y por debajo del Estado-nación han surgido entidades que compiten exitosamente con el Estado arrebatándole algunos de sus poderes y referentes emocionales tradicionales. Ejemplos de este tipo de entidades son las instituciones supranacionales como la Unión Europea y unidades sub-nacionales (se refiere a nacionalidades que permanecieron “ocultas” tras la imagen de unidad de muchos estados-nacionales que étnica y/o culturalmente eran muy diversos), que cada vez buscan con mayor fuerza desempeñar algún papel al nivel internacional. Pero quizás el desarrollo más importante en este aspecto, es el rápido crecimiento de autoridades híbridas que incluyen a actores estatales y no estatales, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión

¹⁷² Lo anterior es cierto tanto por lo que respecta a la labor de la ONU en el monitoreo (activo y no solo pasivo) de elecciones en el mundo; como en lo relativo a la participación de instituciones financieras internacionales en los asuntos domésticos de los estados. *Ibid.*, pp. 58-59.

Internacional para la Conservación de la Naturaleza y muchas más.¹⁷³ En estos híbridos, la línea entre lo público y lo privado se vuelven borrosas, y en ocasiones, a los estados les toca jugar un papel menor.

La conclusión de Mathews es que el poder del Estado-nación tiende a disolverse y declinar en las presentes circunstancias. Los Estados están dejando de ser la unidad natural para resolver problemas. La revolución de la información y de la tecnología de la comunicación tiende a favorecer a actores no estatales, y los estados cada vez más se verán obligados a seguir decisiones que serán tomadas por otras entidades y actores en su lugar.¹⁷⁴

2. La tesis de la transformación del Estado

Por su parte, otras autoras como Anne Marie Slaughter,¹⁷⁵ sostiene que el papel del Estado no ha disminuido, sino que ha cambiado, lo cual implica que si bien dicha institución conserva un significativo grado de importancia, ha aparecido una amplia gama de actores no-estatales que poseen cada vez mayores capacidades para estructurar la política y la economía globales.¹⁷⁶ De hecho, Slaughter se pronuncia contra los “neo-medievalistas”¹⁷⁷ que proclaman el fin del Estado-nación, señalando dos puntos que éstos pierden de vista:

a. El poder privado no es sustituto del poder estatal. Todavía, la regulación estatal es preferible para los distintos actores interesados en poner límites o dar algún tipo de cauce a la conducta de otros actores.¹⁷⁸

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 61-62.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 65-66.

¹⁷⁵ Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 5, 1997.

¹⁷⁶ Ver en esta línea el trabajo de Higgott, R et al. “Globalisation and non-state actors” en Higgott, Richard, *et al.*, *Non-State Actors and authority in the Global System*, Routledge, Londres y Nueva York, 2000, p. 1.

¹⁷⁷ Algunos autores han trazado una analogía entre el mundo medieval y el orden mundial actual. Por ejemplo, Korbin ha identificado cuatro aspectos del mundo medieval aplicables en la actualidad: 1. la geografía era ambigua y las fronteras inestables y mal definidas; 2. las lealtades y alineaciones múltiples eran la regla y no la excepción; 3. las élites eran cosmopolitas y no ligadas en sus lealtades a un territorio particular; y 4. había una nostalgia por la restauración del orden de Roma. Korbin, “Back to the future, Neomedievalism and the postmodern digital world economy”, en Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey, *op. cit.*, pp. 165-187.

¹⁷⁸ Por ejemplo, los ambientalistas prefieren tener en su país una ley que proteja el medio ambiente, por encima de la opción de alcanzar dicho objetivo organizando boicots contra las empresas que dañan el medio ambiente.

b. El traslado de poder que está ocurriendo en el nuevo entorno internacional no implica un juego de suma-cero. En este sentido, para Slaughter, lo que actores no-estatales ganan en poder, no implica necesariamente una pérdida de poder para el Estado. Por ejemplo, las ONGs crean redes con otras ONGs de diversos países, y así ejercen presión sobre otros actores domésticos no-estatales que tradicionalmente han tenido un importante poder de negociación frente a sus respectivos Estados-nacionales.¹⁷⁹

Por ello es que la lectura de Slaughter en relación con lo que está pasando es distinta a la de Mathews. Para la primera, el Estado no está desapareciendo, sino que se está transformando, y esa transformación significa- y esta es una opinión muy particular del esquema de esta autora- la desagregación en partes separadas y funcionalmente distintas. Estas partes, tales como tribunales, agencias de regulación, ejecutivos y hasta legislativos-afirma la autora-están entrando en redes con sus contrapartes del exterior, creando una densa ramificación de relaciones que constituyen un nuevo orden “transgubernamental”.¹⁸⁰

Por otra parte, para Slaughter este fenómeno “transgubernamental” ofrece mejores perspectivas que otras opciones de “gobernanza internacional”¹⁸¹ (por ejemplo, a través de burocracias internacionales), en términos de eficacia y rendición de cuentas. Esto es así puesto que, por un lado, aprovecha las estructuras, experiencia, las burocracias, las agencias públicas existentes en

¹⁷⁹ Por ejemplo, ONGs internacionales aliadas con ONGs chilenas, apoyando ambas al gobierno chileno en su decisión de procesar a militares que incurrieron en violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura de Pinochet.

¹⁸⁰ “Disaggregating the state into its functional components makes it possible to create networks of institutions engaged in a common enterprise even as they represent distinct national interests. Moreover, they can work with their subnational and supranational counterparts, creating a genuinely new world order in which networked institutions perform the functions of a world government- legislation, administration, and adjudication- without the form.” Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 5, 1997, pp. 183-184 y 195.

¹⁸¹ El concepto de gobernanza internacional o global será examinado posteriormente en el presente trabajo. Por ahora, podemos adelantar que presupone la existencia de una serie de temas y problemas que no pueden ser eficazmente resueltos o regulados por los Estados-nacionales, en razón de que trascienden las fronteras de éstos individualmente considerados (terrorismo, medio ambiente, evasión fiscal, inmigración). Por ello, se requieren de mecanismos transnacionales (transestatales?) de resolución o regulación.

los Estados, si bien bajo un esquema complejo de interacciones entre actores estatales adscritos a diversos Estados; y por otro lado deja abierta la posibilidad de control de las instituciones gubernamentales por parte de los ciudadanos nacionales, a través de los mecanismos tradicionales de control y rendición de cuentas.¹⁸²

Como un ejemplo del fenómeno “transgubernamental”, Slaughter examina el patrón de relaciones que se está formando entre poderes judiciales de una multiplicidad de Estados. El concepto que emplea para referirse a este fenómeno es el de “política exterior judicial”:

“Los jueces están construyendo una comunidad jurídica global. Ellos comparten valores e intereses basados en su creencia en el derecho como algo distinto pero no divorciado de la política y su visión de sí mismos como profesionales que deben estar aislados de la influencia política directa. En el mejor de los casos, esta comunidad global recuerda a cada participante que su desempeño profesional está siendo monitoreado y apoyado por una audiencia más amplia.”¹⁸³

Esta comunidad implica una serie de mecanismos informales y formales que han incrementado el contacto entre jueces de muchos países; mecanismos que van desde la forma más elemental, es decir, el conocimiento de las decisiones judiciales de órganos judiciales extranjeros e internacionales; hasta formas más sofisticadas de cooperación e interacción entre tribunales nacionales y tribunales internacionales.”¹⁸⁴

Asimismo, cita Slaughter nuevas formas de promoción del contacto entre jueces a nivel internacional, tal como la Organización de Cortes Supremas en las Américas, creada en 1995, como otro ejemplo más de una “política exterior judicial”, producto de la iniciativa y el impulso de los poderes judiciales del hemisferio.¹⁸⁵ El resultado final de este proceso no habrá de ser un sistema unificado de tribunales a nivel mundial, que en la cima tenga una especie de Tribunal Mundial. A diferencia de ello, para Slaughter:

¹⁸² “Transgovernmentalism offers answers to the most important challenges facing advanced industrial countries: loss of regulatory power with economic globalization, perceptions of a “democratic deficit” as international institutions step in to fill the regulatory gap, and the difficulties of engaging non-democratic states.” *Ibid.*, p. 197.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 186.

¹⁸⁴ Como en el caso de temas en los que hay un empalme entre derecho europeo y derecho nacional, respecto de los cuales el Tribunal Europeo de Justicia y los tribunales nacionales europeos deben actuar de manera coordinada.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 189.

“La comunidad jurídica global emergente a partir de redes de poderes judiciales habrá más bien de incluir muchos sistemas jurídicos, cada uno establecido en un estado o región específicos. Ninguna corte suprema podría establecer reglas globales definitivas. Los tribunales nacionales habrán de interactuar entre sí y con tribunales supranacionales en forma tal que puedan acomodarse las diferencias, así como reconocer y reforzar los valores comunes.”¹⁸⁶

Cabe aclarar que Slaughter no limita el fenómeno “transgubernamental” a los poderes judiciales, sino que lo aplica igualmente a las administraciones públicas y poderes legislativos de los Estados. A partir de este tipo de interacciones es de donde habrá de surgir un nuevo orden mundial, según la autora.¹⁸⁷

3. Tesis adoptada en este trabajo

Ahora bien, no es este el lugar para hacer una revisión exhaustiva del debate actual sobre el impacto de la globalización sobre el Estado.¹⁸⁸ Para los efectos del presente trabajo, nos hemos limitado a presentar dos posturas que ilustran los extremos en los que transcurren dichas discusiones, en el entendido de que entre ambos existen gran número de posturas diferentes. No obstante, desde nuestro punto de vista, y más allá de las perspectivas de Mathews y Slaughter, hay elementos suficientes para afirmar que el Estado-nación no está desapareciendo, ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados con la globalización. En este sentido, diríamos junto con un importante grupo de investigación de la Universidad de Bremen, que 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

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 183-195; y Slaughter, Anne Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.

¹⁸⁸ Tal debate puede revisarse en los trabajos de Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997; o bien el de Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.

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.¹⁸⁹ En términos de Held, los Estados siguen siendo actores poderosos, pero ellos mismos han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con las 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.¹⁹⁰

Ahora bien, si 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*, *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 conceptual, y que requieren de una revisión a la luz de los procesos y fenómenos que están teniendo lugar en la actualidad.

La propuesta de este trabajo, es que el análisis del concepto de “gobernanza” es un buen punto de partida para entender las transformaciones del Estado, así como para emprender el referido ejercicio de reconceptualización referido en el párrafo anterior. El siguiente apartado de este capítulo tiene el objetivo de realizar dicho análisis.

¹⁸⁹ Hurrelmann, Achim, Liebfried, Stephan, Martens, Kerstin y Mayer, Meter (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007, p. 199.

¹⁹⁰ Held, David, ¿Hay que Regular la Globalización? La Reinención de la Política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, p. 37.

II. El concepto de “Gobernanza global” y su impacto en el ámbito jurídico

1. Planteamiento inicial

El análisis del término “gobernanza” puede servir de base para generar un marco conceptual relativo a las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos 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 trabajo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Sin embargo, 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.¹⁹¹

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 gestión 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*.

¹⁹¹ Partes de este capítulo han sido ya publicadas 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 el Dr. 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)*, UNAM, México, 2010.

Como observa Aguilar, 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.¹⁹² 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.¹⁹³

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’.¹⁹⁴

En este apartado abordaremos, en primer lugar, la discusión sobre el significado del concepto *gobernanza global*. Posteriormente, identificaremos a los actores involucrados en ella, y reflexionaremos acerca del impacto que su actividad tiene en el ámbito jurídico.

¹⁹² Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre “gobernabilidad y “gobernanza”. Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y Gestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 38.

¹⁹³ 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 la de gobierno, administración y dirección. Ver Sánchez González, José Juan, *Gestión Pública y Governance*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, segunda edición, Toluca, 2006, p. 18.

¹⁹⁴ 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, 20001, pp. 178-217.

2. La Gobernanza global

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.¹⁹⁵ Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto, se puede encontrar en el trabajo de Keohane 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.”¹⁹⁶

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

¹⁹⁵ 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 (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).

¹⁹⁶ Keohane, Robert y Nye, Joseph, “Introduction” en Nye, Joseph y Donahue, John (co-eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge USA, 2000, p. 12.

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.¹⁹⁷

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, 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 dichas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es dable a ser aceptable o efectiva.¹⁹⁸

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. A continuación haremos algunas referencias a algunos de estos actores.

3. Organizaciones intergubernamentales

Si en algo están de acuerdo la mayoría de los autores inmersos en el debate sobre globalización y gobernanza global, es en la creciente importancia que tienen las organizaciones intergubernamentales en la política global. En efecto,

¹⁹⁷ 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.” *Ibid.*, pp. 12-14.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 14.

ante el surgimiento de problemas de carácter internacional,¹⁹⁹ que los Estados no pueden resolver de manera aislada, por sí solos, éstos han entrado en asociaciones cooperativas con otros Estados, creando instituciones y normas que sirvan para resolver dichos problemas, y que están dispuestos a acatar. Como desde los años setenta del siglo pasado apuntaba Luard, esta es la revolución silenciosa de nuestra generación.²⁰⁰

Luard califica a esto como la sobreimposición de un nuevo estrato o nivel (*layer*) de gobierno sobre los que tradicionalmente han desempeñado las administraciones nacionales, y que además tiene sus propios problemas: sobre la mejor manera de organizar ese amplio espectro de tareas, las dificultades de coordinar las muchas y totalmente independientes agencias involucradas, las técnicas que esas agencias han tenido que desarrollar para asegurar la cooperación de los gobiernos nacionales y algunos de los problemas políticos que han surgido dentro de algunas de esas agencias internacionales, sobre todo entre países ricos y pobres.²⁰¹

Ahora bien, cabe señalar que cuando se examina a estos organismos internacionales, el tema central de discusión desde la perspectiva jurídica es el de los efectos de la producción normativa de estos organismos en relación con los Estados y con los propios individuos. Ya que como sabemos, en algunos casos, incluso existen organizaciones internacionales gubernamentales con el poder para producir decisiones vinculantes de diverso tipo.

El ejemplo típico sería la ONU y, en particular, el Consejo de Seguridad. Por un lado, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 2, párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados que la suscriben se obligan a “cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.” En este caso, la obligatoriedad deriva del principio *pacta sunt servanda*,

¹⁹⁹ Problemas relativos a materias como energía, alimentación, explosión demográfica, medio ambiente, terrorismo, uso de recursos del lecho marítimo profundo, regulación de multinacionales, telecomunicaciones, etc.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. vii

²⁰¹ *Ibid.*, p. viii.

consagrado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, que a la letra dice:

“Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Además, recordemos que el artículo 27 del propio Convenio de Viena añade que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Con ello se puede apreciar la pretensión del derecho internacional de prevalecer por encima del derecho nacional en caso de conflicto de normas.

Por su parte, el Capítulo VII de la Carta de la ONU, relativo a la “Acción en caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión”, establece las reglas relativas a las sanciones que el Consejo de Seguridad puede establecer en dichas hipótesis.²⁰²

Este ejemplo es relevante en la coyuntura actual puesto que, como se sabe, el Consejo de Seguridad de la ONU ha expedido una serie de resoluciones que generan obligaciones para todos los miembros de dicha organización, en aspectos que tienen que ver con el control de flujos financieros para combatir al terrorismo internacional. Como afirma Manuel Becerra, estas resoluciones han convertido al Consejo de Seguridad en un órgano de facto de carácter

²⁰² Artículos 39-41 de la Carta de la ONU: “*Artículo 39.* El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.” “*Artículo 40.* A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.” y “*Artículo 41* El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.”

legislativo, que produce normas que tienen un objeto bastante amplio y vago, y que como explica, han sido ya acatadas por el gobierno mexicano.²⁰³

Debemos mencionaremos también a la Organización Mundial de la Salud (OMS), organismo intergubernamental de carácter internacional que desempeña funciones diversas en materia de salud a nivel mundial, tales como las siguientes: enfrentar crisis sanitarias mundiales; servir de marco para la adopción de tratados y convenciones en materia de salud; influir en la agenda internacional en la materia; generar consensos acerca de cómo resolver problemas de salud a nivel mundial.²⁰⁴ Además, la OMS funciona también como una agencia regulatoria a nivel mundial, con poderes normativos delegados por los gobiernos nacionales. De hecho, el artículo 21 de la Constitución de la OMS otorga a la “Asamblea de la Salud” el poder adoptar reglamentos referentes a:

- “a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades;
- b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública;
- c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional;
- d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional;
- e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional.”²⁰⁵

²⁰³ Se trata en particular de la Resolución 1373 (2001), la Resolución 1526/2004 y la Resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU. Como explica Becerra, el cumplimiento de dichas resoluciones por parte del gobierno mexicano se ha hecho a través de Resoluciones expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular de 11 de mayo de 2004, y la Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 108 bis de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y 91 de la Ley de Sociedades de Inversión), ambas publicadas en el DOF del 14 de mayo de 2004. Becerra Ramírez, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, UNAM, México, 2006, p. 142.

²⁰⁴ Ver Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *The Yale Law Journal*, May 2006, vol. 115, no. 7, p. 1550

²⁰⁵ Es de notarse, además, que el artículo 22 de la propia Constitución de la OMS establece que: “Estas reglamentaciones entrarán en vigor para todos los Miembros después de que se haya dado el debido aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud, excepto para aquellos

A pesar de este poder, refiere Esty que la OMS no suele utilizarlo, prefiriendo en cambio la adopción de resoluciones no vinculantes (soft law), lo cual es un reflejo de la preocupación de los administradores de la organización sobre la dificultad de ordenar acciones específicas, así como de los problemas de legitimidad de un papel agresivo de la OMS en la gobernanza global.²⁰⁶

Sin embargo, en algunos casos los Estados le han cedido a la OMS el papel de líder, en razón de su capacidad técnica y científica. Así sucedió, por ejemplo, en la crisis relacionada con el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (Severe Acute Respiratory Syndrome o SARS) originada en China pero rápidamente propagada a diversos países del orbe entre 2002 y 2003. Ante este problema, la OMS aprobó orientaciones y recomendaciones sobre seguridad, alertas, asesorías de investigación, evaluaciones de riesgo, orientaciones epidemiológicas, asesoría para realizar pruebas de laboratorio, y orientación en materia de inmigración y de organización de reuniones públicas.²⁰⁷ Lo mismo está ocurriendo en el caso de la emergencia sanitaria que ha vivido México desde abril de 2009, con la llamada “influenza H1N1”.

Otro ejemplo importante es el de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el cual revisaremos en detalle en el Capítulo VI.4.C del presente trabajo. Pero más allá de las decisiones vinculantes, organismos intergubernamentales como los arriba referidos, y muchos otros más, están involucrados en la adopción de declaraciones y cartas adoptadas por consenso, y que constituyen lo que se denomina “soft law” (noción a la que nos referiremos más adelante). Por ahora, base mencionar que este tipo de normas tienen cada vez una mayor importancia en la gobernanza global (y en la gobernanza doméstica). Esto es así, porque, como señala Delbrück, un gran número de instancias en que el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales

Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso.”

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1551.

²⁰⁷ *Idem.*

de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²⁰⁸

4. Cooperación transgubernamental

Otro mecanismo que ha sido identificado como alternativa para contribuir a la gobernanza global, es lo que se ha denominado las *redes transgubernamentales*. Slaughter explica este concepto de la siguiente manera: los Estados nacionales, en lugar de desaparecer, se están desagregando en partes separadas y funcionalmente distintas. Estas partes, tales como tribunales, agencias de regulación, ejecutivos y hasta legislativos- están entrando en redes con sus contrapartes del exterior, creando una densa ramificación de relaciones que constituyen un nuevo orden “transgubernamental”. Slaughter emplea el término de orden transgubernamental, como una opción que ha empezado a surgir para el manejo y tratamiento de problemas internacionales.²⁰⁹

Para esta autora, como ya referimos, el fenómeno “transgubernamental” ofrece mejores perspectivas que otras opciones de “gobernanza internacional”²¹⁰ (por ejemplo, a través de burocracias internacionales), en términos de eficacia y rendición de cuentas. Esto es así puesto que, por un lado, aprovecha las estructuras, experiencia, las burocracias, las agencias públicas existentes en

²⁰⁸ “This is particularly true in the case of so-called framework conventions that are continuously amended according to the standards of expert knowledge, as either Protocols to conventions, or as recommendations that in turn are often implemented on the domestic level, through executive orders or other regulatory means, below the level of parliamentary legislation, thereby bypassing the national legislative process.” Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 29, 2003, pp. 29-30

²⁰⁹ “Disaggregating the state into its functional components makes it possible to create networks of institutions engaged in a common enterprise even as they represent distinct national interests. Moreover, they can work with their subnational and supranational counterparts, creating a genuinely new world order in which networked institutions perform the functions of a world government- legislation, administration, and adjudication- without the form.” Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 5, 1997, pp. 183-184 y 195.

²¹⁰ El concepto de “gobernanza internacional” presupone que hay una serie de temas y problemas que no pueden ser eficazmente resueltos o regulados por los Estados-nacionales, en razón de que trascienden las fronteras de éstos individualmente considerados (terrorismo, medio ambiente, evasión fiscal, inmigración). Por ello, se requieren de mecanismos transnacionales (¿transestatales?) de resolución o regulación.

los Estados, si bien bajo un esquema complejo de interacciones entre actores estatales adscritos a diversos Estados; y por otro lado deja abierta la posibilidad de control de las instituciones gubernamentales por parte de los ciudadanos nacionales, a través de los mecanismos tradicionales de control y rendición de cuentas.²¹¹

En lo jurídico, Abbot y Snidal se refieren al cada vez más relevante *soft law* creado por instituciones “transgubernamentales”, como ejemplo el producido por el Comité de Basilea que agrupa a bancos centrales²¹², cuyos participantes no representan a los estados en cuanto tales, sino más bien a agencias individuales dentro de los estados.²¹³

De particular importancia para nuestro estudio, resulta el concepto desarrollado por Slaughter, sobre el fenómeno “transgubernamental” aplicado a los poderes judiciales. El concepto que emplea es el de “política exterior judicial”.²¹⁴

5. Redes transnacionales de actores privados

Diversos autores han identificado la influencia que tienen actores no-estatales en la producción de normas que contribuyen a la gobernanza global. Tal es el caso del estudio de Virginia Haufler, quien muestra la forma en que las

²¹¹ “Transgovernmentalism offers answers to the most important challenges facing advanced industrial countries: loss of regulatory power with economic globalization, perceptions of a “democratic deficit” as international institutions step in to fill the regulatory gap, and the difficulties of engaging non-democratic states.” *Ibid.*, p. 197.

²¹² El Comité de Basilea, creado en 1975, agrupa a los gobernadores de los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, España, EE. UU., Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, el Reino Unido, Suecia y Suiza. Su función principal es el fortalecimiento de la solidez de los sistemas financieros, a partir de un objetivo primordial: dictar recomendaciones dirigidas a las autoridades financieras de los países del mundo, a efecto de que establezcan un capital mínimo que debía tener una entidad bancaria en función de los riesgos que afrontaba. Asimismo, el Comité ha evolucionado para convertirse en un foro de discusión para fomentar la mejora y la convergencia de las prácticas y normativas de supervisión bancaria, buscando perfeccionar las herramientas de fiscalización internacional, a través de acercamientos y de estándares comunes.

²¹³ Abbott, K. y Snidal, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 53, no. 3, Summer, 2000, p. 452.

²¹⁴ *Vid supra*, Capítulo IV.I.2.

empresas, como una respuesta a la globalización de la actividad económica y la ausencia de un gobierno a nivel global, cooperan a través de las fronteras nacionales para establecer “regímenes internacionales” del sector privado para incrementar su eficiencia, estabilidad y poder. Así, esta autora da ejemplos de estandarización de productos, el establecimiento de “códigos de conducta” en áreas de interés social y de seguridad de las transacciones y de la información. En su explicación, estos regímenes son legitimados por las autoridades públicas en razón de limitaciones presupuestales, falta de capacidades en vista de complejos desarrollos tecnológicos, compromiso ideológico, la dificultad de negociar acuerdos internacionales o por simple descuido. El establecimiento de estos regímenes suele requerir negociaciones entre compañías, gobiernos y ONGs, lo cual indica el grado en que la gobernanza global hoy día es compartida y multifacética- afirma Haufler- habiendo una variedad de actores que desempeñan un papel cada vez más importante, además de los estados.²¹⁵

“Los regímenes internacionales privados gobiernan amplias áreas de comercio internacional, operando tanto dentro como a través de líneas industriales. Ellos incorporan normas informales sobre conducta en los negocios, y también proporcionan reglas explícitas, procedimientos de toma de decisiones y mecanismos de ejecución informales y formales. Los regímenes internacionales privados frecuentemente se basan en asociaciones transnacionales de empresarios, tales como asociaciones de industria y comercio, grupos de comercio de carácter técnico, y organizaciones empresariales de *lobbying*, que representan los intereses de un grupo de empresas que negocian sobre temas de interés común, y establecen un marco de reglas, estándares y mejores prácticas que guían la conducta de los participantes. El régimen en su conjunto puede consistir en múltiples asociaciones de comercio y organizaciones empresariales, y las fronteras del régimen pueden no ser distintivas.”²¹⁶

²¹⁵ Haufler, Virginia, “Private Sector International Regimes”, en Higgott, Richard et al (Co-eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000, pp. 121- 134. Por otro lado, el concepto de “régimen internacional” adoptado por Haufler es tomado de Krasner, quien define a los regímenes internacionales como conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, implícitos o explícitos, alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales. Krasner, Stephen, “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, en Krasner, Stephen D., (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, EUA, 1983, p. 2.

²¹⁶ Haufler, *op. cit.*, p. 123.

Como lo explica Haufler, no es que estos regímenes internacionales privados se conformen completamente desvinculados de los gobiernos de los Estados nacionales. En realidad, sugiere, dichos regímenes presuponen funciones mínimas de gobierno, que establezcan ciertas “reglas del juego” y les apoyen en caso necesario con el poder judicial y el poder coactivo, que no existen a nivel internacional. No obstante, los gobiernos dejan margen para que los actores privados que establecen reglas, estándares y mecanismos de resolución de disputas en áreas económicas.

Ahora bien, ¿por qué los gobiernos permiten el surgimiento y desarrollo de estos regímenes? Puede haber varias respuestas. Una de ellas, es que algunos líderes de los gobiernos creen que el estado no debe intervenir en la economía, sino dejar lo más que se pueda al mercado. Otra explicación puede estar en que los gobiernos permiten e incluso estimulan la auto-regulación privada al nivel internacional porque ellos mismos no pueden cooperar para establecer regímenes públicos. En este sentido, sostiene la autora:

“A pesar de todas estas razones por las que los gobiernos *no* actúan, sabemos que de hecho los gobiernos frecuentemente sí actúan, e incluso actúan colectivamente con otros gobiernos para establecer y ejecutar el derecho internacionalmente. Pocos regímenes internacionales privados son completamente autónomos respecto de la autoridad pública. En muchos casos, la gobernanza en un área puede ser delegada a asociaciones empresariales por agencias oficiales, domésticas e internacionales, con los gobiernos apoyándolas con su capacidad de aplicación. En otros casos, los regímenes privados pueden estar entramados con regímenes públicos más amplios. Esto puede hacer muy difícil descubrir todos los niveles y variedades de gobernanza operativa actualmente a nivel global.”²¹⁷

Por último, señala la autora que la existencia de regímenes internacionales privados debe abrir preguntas sobre la legitimidad de sus objetivos, la rendición de cuentas de sus procesos de toma de decisiones y los efectos distributivos del régimen mismo.²¹⁸ Ello es así-puede inferirse- en razón de que dichos regímenes regulan ámbitos que típicamente han correspondido a la potestad reguladora de agentes estatales (mismos que también, típicamente en el

²¹⁷ Haufler, *op. cit.*, p. 126.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 132-133.

estado constitucional de derecho, han estado sujetos a normas que garanticen su legitimidad y rendición de cuentas).

El caso de Organización Internacional para la Normalización (ISO) merece ser mencionado en este punto, pues se trata de una organización internacional no gubernamental, generadora de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para la mayoría de las ramas industriales, buscando la estandarización de normas de productos y seguridad para las empresas u organizaciones a nivel internacional. A pesar de que sus normas no son vinculantes, su influencia en los Estados y en las conductas de las personas que actúan dentro de los estados es cada vez mayor.

6. Organizaciones No-Gubernamentales

Desde el punto de vista de la producción de *hard law* y *soft law*, vale la pena mencionar el papel relevante que ahora desempeñan algunas organizaciones no-gubernamentales de carácter internacional (ONGs).

Desde la perspectiva de las ONGs, Keck y Sikkink sostienen que al lado de los Estados, muchos actores no estatales actúan entre sí, y con los estados y organizaciones internacionales, interacciones que se estructuran a manera de redes transnacionales y que cada vez son más visibles a nivel de la política internacional. Hay distintos tipos de redes, según el tipo de actividad o interés de los participantes. Sin embargo, estas autoras estudian un tipo de red en particular que denominan *redes transnacionales de defensa*, mismas que multiplican los canales de acceso al sistema internacional; y borran las fronteras entre las relaciones del estado con sus propios nacionales y la capacidad que tienen tanto ciudadanos como estado de recurrir al sistema internacional. Con ello, afirman estas autoras, las redes transnacionales de defensa (RTD) ayudan a transformar la práctica de la soberanía nacional.²¹⁹

Las RTD se integran con aquellos actores relevantes que trabajan internacionalmente en un tema, que están unidos por valores compartidos, un

²¹⁹ Keck, Margaret y Sikkink, Katharyn, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 1-2.

discurso común, e intercambios muy densos de información y servicios. Lo que es novel en estas redes es la habilidad de actores internacionales no-tradicionales de movilizar información de manera estratégica para ayudar a crear nuevos temas y categorías y para persuadir, presionar, ganar influencia sobre organizaciones más poderosas y sobre los gobiernos. En el centro está el intercambio de información, así como la promoción de nuevas normas, el monitoreo de su implementación y cumplimiento de los estándares internacionales, así como el ejercicio de presión sobre otros actores para que adopten nuevas políticas y normas.²²⁰

De manera parecida a las RTD, resulta pertinente señalar que desde tiempos relativamente recientes se viene discutiendo acerca de la emergencia de redes globales de políticas públicas (*global public policy networks*), para referirse a las interacciones que se dan a escala transnacional entre el sector público (nacional, regional, local y también grupos inter-gubernamentales), el sector privado y grupos de la sociedad civil.²²¹ De esta manera, autores como Witte et al. han señalado que los gobiernos y las organizaciones internacionales intergubernamentales no pueden por si solos resolver temas y problemas de alcance global (hablan de las “fallas” e “insuficiencias” del multilateralismo). A su vez, argumentan que las llamadas redes de políticas públicas globales son una posible respuesta al creciente vacío organizacional al nivel global. Estas redes son capaces de poner juntos a actores públicos y privados, nacionales e internacionales, actores sociales, ONGs, para tratar temas y generar soluciones, a lo largo del ciclo de políticas. Se trata de sistemas horizontales de gobernanza, cuya fuerza está en su diversidad, y no en la uniformidad.²²²

Por otra parte, y en apoyo de la idea de las redes de políticas públicas globales, se han producido estudios como el de Susanne Jakobsen, quien explica cómo es que la “política ambientalista global” (GEP, por su siglas en inglés) es producto de múltiples interacciones entre intereses estatales y no estatales en el nivel doméstico y transnacional, para dar forma a las posiciones

²²⁰ *Ibid.*, p. 2.

²²¹ Ver, por ejemplo, Witte, Jan Martin et al., “Beyond Multilateralism: Global Public Policy Networks”, *Politik und Gesellschaft*, No. 2, 2000, p. 178.

²²² *Ibid.*, pp. 176-179.

presentadas a nivel intergubernamental en la mesa de negociaciones. En su estudio examina la elaboración de las políticas ambientalistas en Brasil e India entre 1988 y 1997. Pone el acento en el papel que han jugado actores no-estatales, en establecer la agenda, seleccionar los temas, y dar color al discurso intergubernamental en las negociaciones.²²³

Un enfoque que merece ser mencionado, es el del 'proceso jurídico transnacional' desarrollado por Koh, el cual se refiere a la teoría y la práctica acerca de cómo actores públicos y privados -estados nacionales, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no-gubernamentales, e individuos- interactúan en una variedad de foros públicos y privados, domésticos e internacionales, para crear, interpretar, aplicar y en última instancia, internalizar lo que él llama las *reglas de derecho transnacional*.²²⁴

Así, para Koh el proceso jurídico transnacional tiene cuatro características distintivas:

a. es No-tradicional: pues rompe con dos dicotomías tradicionales que históricamente han dominado el estudio del derecho internacional, es decir, entre doméstico e internacional, y entre público y privado.

b. Es no-estatista: debido a que los actores en el proceso no son solamente, ni siquiera primordialmente, los estados-nación, sino incluye a actores no-estatales.

c. es dinámico y no estático: el derecho transnacional transforma, muta, y se mueve de arriba a abajo, de lo público a lo privado, de lo doméstico a lo internacional y luego a la inversa.

²²³ Jakobsen, Susanne, "Transnational environmental groups, media, science and public sentiment(s) in domestic policy-making on climate change", en Higgott, Richard et al (Co-eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000, p. 285.

²²⁴ Koh, Harold Hongju, "International Legal Process", *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 183-184. Siguiendo a Philip Jessup, Koh entiende por derecho transnacional todo derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales y que incluye tanto derecho internacional público y privado, además de otras reglas que no encajan enteramente en dichas categorías.

d. Es normativo: de este proceso de interacción surgen nuevas normas, que son interpretadas, internalizadas, aplicadas, en un proceso que vuelve a comenzar una y otra vez.

El punto resaltado por Koh es que las decisiones de la Suprema Corte de los EUA no son finales ni infalibles. Dichas decisiones domésticas no representan paradas finales, sino estaciones de tránsito en un proceso jurídico transnacional de “aplicación compleja”, en este caso impulsado por el litigio transnacional de derecho público, por el que normas de derecho internacional se internalizan.

Lo que le interesa a Koh es explicar cómo es que los gobiernos pueden ser presionados para cumplir con el derecho internacional. Así, el modelo del proceso jurídico transnacional predice que los gobiernos se verán compelidos a cumplir con el derecho internacional si se impulsa agresivamente procesos jurídicos transnacionales de manera tal que se fuercen interacciones en foros capaces de generar normas, seguidas de internalización de dichas normas. El litigio transnacional de derecho público impulsado por ONGs está diseñado precisamente para provocar la acción judicial que ha de crear dichas fricciones, ayudando con ello a dar forma a la dirección normativa de las políticas de gobierno.²²⁵

El litigio transnacional de derecho público (LTDP) busca proteger derechos y valores públicos a través de vías judiciales. Las partes buscan que los tribunales declaren y expliquen normas de derecho público, muchas veces con el objetivo de provocar la reforma institucional. Los litigantes en este tipo de conflicto han buscado reparación, disuasión, y reforma de políticas gubernamentales nacionales a través de la clarificación del derecho internacional.²²⁶

²²⁵ *Ibid.*, pp. 206-207.

²²⁶ Koh, Harold Hongju, “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 98, pp. 2346-2347.

En suma, Koh nos ofrece un modelo que explica cómo es que se dan complejos procesos transnacionales de lucha por la definición de los derechos, en los cuales los litigantes actúan con conciencia estratégica acerca de la transportabilidad de esas normas a otros foros domésticos e internacionales para ser usadas en la interpretación judicial o en la negociación política; en un proceso subsecuente de diálogo institucional entre varios foros domésticos e internacionales, judiciales y políticos, para lograr un arreglo definitivo:

“Como sucede en el litigio doméstico tradicional, las demandas en litigio transnacional público se enfocan retrospectivamente a lograr una compensación y reparación para las víctimas individuales. Pero como sucede en el litigio internacional tradicional, el actor en derecho público transnacional busca un objetivo prospectivo también: provocar la articulación judicial de una norma de derecho transnacional, teniendo en la mira el uso de esa declaración para promover un acuerdo político en el cual tanto entidades gubernamentales como no-gubernamentales habrán de participar. Así, a pesar de que los demandantes en derecho público transnacional de manera rutinaria piden compensación de daños de manera retrospectiva o incluso reparación de daños de manera prospectiva, sus más amplios objetivos estratégicos frecuentemente son alcanzados por una sentencia declaratoria o en rebeldía, que anuncia que una norma transnacional ha sido violada. Incluso una sentencia que el actor no puede aplicar contra el demandado en el foro que la produjo empodera al actor al crear una ficha de negociación para ser usada en otro foro político.”²²⁷

7. Conclusión

El escenario presentado a lo largo de las páginas anteriores 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, la explicación que hemos desarrollado en este trabajo nos muestra que existen indicios que inducen a por lo menos revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

²²⁷ Koh, *op. cit.*, “Transnational...”, pp. 2348-2349 y 2371..

Una opción de interpretación (una hipótesis), es la que ofrece Picciotto, quien habla de la globalización, la gobernanza y su efecto en la 'fragmentación de la esfera pública'. En este sentido, afirma Picciotto:

“En particular, en lugar de *gobierno* centralizado primariamente por medio de estados nacionales, nos hemos movido a formas delegadas de *gobernanza* operando en niveles dentro y a través de estados”...“por el término fragmentación, quisiera sugerir un proceso competido de desestabilización y reestructuración, que implica la búsqueda de nuevas formas de síntesis entre aspectos económicos y políticos de las relaciones sociales, y no una tendencia determinista de presiones económicas de un mercado mundial pre-existente que debilite lo que de otra forma serían estructuras políticas estables. De hecho, las actividades económicas están profundamente enraizadas en prácticas sociales, culturales y normativas”...“De manera más amplia, si la globalización implica un proceso de fragmentación de la esfera pública, debe haber preocupación sobre sus efectos en las instituciones de la democracia liberal.”²²⁸

Ahora bien, 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 dichas funciones al ámbito de las instituciones estatales.

El hecho de que en la era de la llamada globalización, el poder se está reconfigurado 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.

²²⁸ Picciotto, Sol, "Fragmented States and International Rules of Law", *Social and Legal Studies*, vol. 6, no. 2, Junio 1997, pp. 261-262.

Para Picciotto la fragmentación interna del Estado liberal ha ido acompañada de una cada vez más densa red de acuerdos de coordinación internacionales entre estados, lo cual no significa el colapso del estado sino que son dos lados de un mismo proceso. A nivel internacional, espacios antes ocupados solo por agentes del estado ahora son ocupados también por activistas y ONGs que pueden no tener gran poder, pero ejercen gran influencia y forman parte importante de la gobernanza global. Picciotto concluye: el efecto general 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.²²⁹

Por su parte, al analizar la internacionalización o globalización de ciertas esferas de gobierno, Búrca habla 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.²³⁰ 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”.

Finalmente, y para concluir este capítulo debemos mencionar que asociado a la literatura sobre la gobernanza global, suele aparecer, cada vez con mayor intensidad, una serie de instrumentos normativos que se han identificado con el nombre de “soft law”, caracterizados por su falta de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y de estructuras de ejecución. Se trata de instrumentos de diverso tipo que, sin embargo, comparten, al menos, un punto

²²⁹ *Ibid.*, pp. 272-273.

²³⁰ “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. 2-3.

en común: tienen un contenido normativo pero formalmente no son vinculantes, si bien pueden tener relevancia jurídica y, por tanto, producir efectos prácticos.²³¹

Desde por lo menos la década de los ochenta del siglo XX, la academia se ha interesado cada vez más por el análisis de este fenómeno, pero no se ha llegado a algún tipo de consenso en cuanto a lo que “soft law” significa (ni siquiera en torno al tema de si es o no es en realidad “derecho”), ni en cuanto a los parámetros para trazar la línea entre lo que es “hard law” y “soft law”.²³² La problemática en torno a estos conceptos fue objeto de debate en el seno de la 82ª. Reunión Anual de la *American Society of International Law*, en uno de cuyos paneles se reconoció la importancia creciente del *soft law* en el ámbito jurídico internacional, así como la inexistencia de un consenso general sobre su significado exacto.²³³

En el marco de la referida Reunión Anual, Dupuy identificó tres factores principales en el incremento contemporáneo del *soft law*: a. el elemento estructural, caracterizado por la expansión de una red de instituciones intergubernamentales (de la “familia de la ONU”), con un papel cada vez más relevante; se trata de una red que crea una estructura de cooperación que hace posible organizar una negociación política, económica y normativa permanente entre los estados miembro de dicha comunidad, y con la participación cada vez más activa y relevante de actores no gubernamentales. b. la diversificación de los componentes de la comunidad mundial, en particular el surgimiento de nuevos Estados a partir de la descolonización posterior a la segunda guerra mundial (se asocia el uso de las resoluciones y recomendaciones de las agencias internacionales por parte de los Estados en desarrollo, como un instrumento para modificar las reglas y principios del orden jurídico internacional); c. la evolución de la economía mundial y la interdependencia

²³¹ Trubek, D., Cottrell, P., y Nance, M., “‘Soft Law’, ‘Hard Law’, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity”, Jean Monnet Working Paper 02/05, Jean Monnet Program, NWWY School of Law, New York, 2005, p. 5.

²³² *Ibid.*, p. 10.

²³³ Comentarios de Gunther F. Handl, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting*, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA, p. 371.

creciente en un número cada vez mayor de ámbitos, impulsado por el acelerado cambio científico y tecnológico. La interacción de estos factores, afirma Dupuy, ha llevado a la necesidad de la adaptación permanente de las normas que establecen un orden a nivel internacional, y por tanto a una constante renegociación: “Por tanto, podemos afirmar que la ola del *soft law* proviene, por un lado, de un nuevo deseo de derecho, hecho necesario por los factores previamente enunciados y, por otro lado, una especie de temor al derecho, en el sentido de un derecho demasiado rígido e irresistible, o bien demasiado difícil de ser aplicado con rigor por los países más pobres o no capacitados para adaptarse a la rápida evolución de los campos que se supone cubre y regula.”²³⁴

Es significativo la observación de Dupuy y Chinkin, en el sentido de que los Estados se aproximan a las negociaciones y discusiones de instrumentos de *soft law*, con la misma precaución y estrategias a como lo hacen cuando negocian tratados internacionales que han de ser formalmente vinculantes.²³⁵

Para concluir, afirmamos con Chinkin que: “los participantes en la arena internacional deben poder anticipar la acción y las reacciones de otros participantes. Ignorar los instrumentos de *soft law* obviamente significa ignorar un relevante factor en la predicción de la conducta futura. El *soft law* puede

²³⁴ Comentarios de Pierre Marie Dupuy, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA*, p. 381-382. En un sentido parecido, afirma Chinkin: “In addition to this, soft law forms are deliberately chosen; they do not just happen to arrive in soft-law form. This is a two-way process. Hard-law forms may have been deliberately rejected, at least at a final stage, while the subject matter still has been determined to be appropriate for voluntary restraint through some form of collective action. It appears that there is a sufficient community of interest among states to which to formulate some sort of restraint on their actions. They wish to promote some degree of predictability, create some expectations and a framework for future actions and counteractions in their economic dealings. But this sort of deep level of community interest, which inspires the formulation of some instruments, then will be counterbalanced by divergent interests that lead to the rejection of a hard-law form in favor of a soft-law form. So inevitably this deliberate choice is in fact a compromise between those who wished to have an instrument in hard-law form and those who probably would have preferred to have no instrument at all, but will accept it as a minimum in soft-law form. Of course, even the soft law form is preferable to those states that had preferred a formal treaty to alternatives to the soft-law treaty, which is presumably nothing at all, where there would be no basis for any future restraint on action.” Comentarios de Christine Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA*, p. 390.

²³⁵ Comentarios de Dupuy y Chinkin, *op. cit.*, pp. 386 y 389.

tener un efecto indirecto en la legitimación y deslegitimación. Es extremadamente difícil hoy día incluso para un Estado que rechazó un instrumento de *soft law* argumentar que la conducta de conformidad con tal instrumento por parte de los estados que la aceptaron es ilegítima. Igualmente, la legitimidad de una norma de derecho internacional previamente existente puede ser minada por principios emergentes de *soft law*. Incluso la expectativa de que un Estado ha de ignorar un instrumento de *soft law* es por supuesto un indicador importante de la conducta futura; provee un marco para las expectativas y para la predicibilidad.”²³⁶

En resumidas cuentas, los fenómenos y procesos asociados a la ‘gobernanza global’ han afectado al Estado y su entorno, ante lo cual, el derecho constitucional como sector de normas y como disciplina, no puede dejar de reaccionar. Las preguntas: ¿quién crea el derecho constitucional?, ¿dónde ocurre la política para definir el derecho constitucional?, ya no pueden ser directamente contestadas conforme los esquemas conceptuales tradicionales. En el siguiente capítulo, examinaremos algunas de las líneas de discusión que se han abierto en relación con estos temas y problemáticas, desde la perspectiva constitucional.

²³⁶ Comentarios de Christine Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law*, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA, p. 393.

CAPITULO V Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización²³⁷

1. 'Lo Constitucional' en la era de la globalización

Ahora bien, 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”),²³⁸ ha abierto debates diversos desde la perspectiva del derecho constitucional. 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. Ahora bien, 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.

Parafraseando a Held, y para retomar lo que ya decíamos con anterioridad, podríamos afirmar que el significado de las Constituciones, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estados-nación de la actualidad, debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja, formada por organizaciones internacionales y regionales, por actores no-estatales de carácter transnacional, y por actores, procesos, intercambios y flujos nacionales e internacionales de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación.²³⁹

²³⁷ Parte importante de este capítulo ha sido publicado en mis ensayos: “Globalización y Derecho Constitucional Comparado”, en VVAA La Justicia Constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, IJ-UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (en prensa). Y una versión corta y resumida del anterior: “Globalización y Derecho Constitucional Comparado”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benmot, Andrés (coords.), *Cooperación Jurídica Internacional en materia de formación, educación e investigación*, Porrúa, México, 2010, pp. 229-247.

²³⁸ 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.

²³⁹ Me refiero aquí a la explicación que da Held sobre cómo el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas supranacionales,

En las siguientes páginas se esbozará de manera sucinta las diversas líneas de debate detectadas en la literatura académica preocupada por el tema. Será un resumen muy apretado y esquemático, cuyo propósito consiste en identificar los cambios posibles que ha experimentado la forma de entender 'lo constitucional', en la era de la llamada globalización y ante los retos que plantea la 'gobernanza global'.²⁴⁰

2. Primera línea: La "Confrontación de Paradigmas".

Existe un sector de la literatura que sugiere la necesidad de un cambio de paradigma para explicar el impacto de la globalización en el derecho constitucional. En esta línea se encuentran trabajos como el de Anderson, cuyas ideas principales pueden resumirse en el siguiente párrafo:

"Uno de los temas centrales en estos debates [sobre la globalización], tiene que ver con el grado en que el poder político ha dejado de residir exclusiva o primordialmente, en las instituciones de gobierno del estado nacional. Se argumenta que somos testigos del surgimiento de formas relevantes de autoridad política por fuera del foco tradicional en las instituciones públicas del estado, y que los actores e instituciones de la economía global están estableciendo cada vez más los patrones de conducta de la vida social."²⁴¹

El argumento central de Anderson es el siguiente: necesitamos reconfigurar nuestra comprensión del derecho constitucional y de los derechos constitucionales de acuerdo al paradigma del pluralismo jurídico. Es este paradigma el que nos permite entender mejor, y responder a los retos actuales del constitucionalismo en la era de la globalización. El pluralismo jurídico nos

intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo "post-westfaliano". 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." Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 43.

²⁴⁰ Cuando se antepone el artículo neutro a un adjetivo, éste se sustantiviza y en ocasiones puede llegar a tener un valor colectivo. Así, hablar de "lo constitucional" implica identificar qué normas tienen una naturaleza constitucional, sea por versar sobre la protección de derechos humanos de las personas, o por regular procesos de gobierno clave. Esto nos lleva a una de las preguntas centrales de la presente investigación: ¿Sólo la Constitución del Estado nacional protege derechos humanos y regula procesos de gobierno clave? O, en otras palabras: ¿"Lo constitucional" solamente se encuentra en la Constitución del Estado nacional?

²⁴¹ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 3.

proporciona las herramientas para aprehender la realidad contemporánea consistente en la existencia de múltiples sitios de gobernanza. El pluralismo jurídico permite introducir en el análisis categorías excluidas del discurso tradicional del constitucionalismo, centradas en el Estado, ante el poder creciente de actores privados; la idea es lograr la rendición de cuentas de todas las formas de poder que hay en la actualidad. Se requiere, por tanto, un cambio de paradigma, pues el anterior ha perdido contacto con los patrones contemporáneos de poder.²⁴²

Nos llevaría mucho tiempo y espacio explicar aquí la idea que Anderson tiene del pluralismo jurídico. Simplemente diremos que en su esquema el constitucionalismo en la actualidad debe abarcar tanto cuestiones de poder público, como de poder privado. Y de ello deriva un argumento en favor de la existencia de múltiples fuentes de derecho constitucional. Asimismo, el pluralismo jurídico de Anderson también se opone a la idea de que el estado es el único sitio del discurso constitucional, y resalta la necesidad de ir más allá de la constitución explícita para explicar los fenómenos constitucionales contemporáneos. Como el estado no tiene el monopolio de crear derecho constitucional, entonces es necesario desarrollar un enfoque de análisis que tome en cuenta otros sitios de producción.²⁴³

En una línea similar, Neil Walker habla del surgimiento de un “pluralismo constitucional”,²⁴⁴ es decir, de lo que califica como una “proliferación de sitios constitucionales”, teniendo en mente principalmente la experiencia de la Unión Europea, pero también las de entidades como el esquema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Para Walker la proliferación de sitios constitucionales *post-estatales* y el surgimiento de nuevos procesos de relación entre los distintos sitios, cada uno con su propio marco metaconstitucional de justificación, es una característica central de la era *post-Westfaliana*.²⁴⁵

²⁴² *Ibid.*, pp. 3-4.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 145-151.

²⁴⁴ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318-319.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 357.

La pregunta clave que Walker se hace, en la cual se puede apreciar el nivel paradigmático en el que se mueve su análisis, es la siguiente: ¿La forma del pensamiento constitucional, es adecuada para “capturar” las tendencias post-nacionales? Algunos autores contestan que no: el constitucionalismo ‘tradicional’ o ‘clásico’ (centrado en instituciones públicas estatales) no es útil para explicar y para desarrollar razonamiento práctico, en la configuración y limitación de la autoridad en un contexto post-estatal.²⁴⁶ Sin embargo, Walker afirma lo contrario. Es decir, defiende la idea de que la forma del pensamiento constitucional sí puede adecuarse y ser normativamente útil ante lo que llama las ‘tendencias post-nacionales’. Y su explicación gira en torno a la idea ya mencionada de ‘pluralismo constitucional’.

En otro ensayo, y vinculado también con la idea de ‘pluralismo constitucional’, Walker desafía el constitucionalismo centrado en el Estado, así como la noción de que los *modos de gobierno constitucional* son exclusivos de los Estados. De esta manera, examina el desarrollo, más allá del Estado, de ciertos niveles e instancias con capacidad de toma de decisiones, así como de ciertos tipos de instituciones y prácticas transnacionales con capacidad regulatoria, que están normalmente asociados a la oferta de “gobernanza constitucional”.²⁴⁷ Con ello, se refiere a organizaciones regionales como la Unión Europea o el TLCAN; o bien a organizaciones funcionales como la OMC y la Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN), así como a instituciones globales dentro del marco de las Naciones Unidas.²⁴⁸

Asimismo, estudia Walker la tendencia creciente de estas instancias post-estatales con capacidad de generar políticas, y de las instituciones y prácticas de regulación vinculadas a ellas, a ser conceptualizadas en términos constitucionales explícitos, así como el crecimiento en la ‘imaginación’ constitucional de instituciones regulatorias post-estatales.²⁴⁹

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 324.

²⁴⁷ Las capacidades de estas instituciones van desde el surgimiento de cartas de derechos y regímenes fuertes de revisión judicial, a la elaboración de ‘checks and balances’ inter-institucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. Walker, Neil, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519.

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 519-520.

En suma, en esta primera línea (en la que se ubican autores como Anderson, Walker y otros más, como Teubner²⁵⁰), se puede identificar un común denominador: los procesos identificados con la globalización y la gobernanza (doméstica y global) imponen un cambio de paradigma en la teoría constitucional, en aras de lograr los fines del constitucionalismo (control del poder y protección de los derechos humanos), en un nuevo contexto en el cual el poder y las amenazas a los derechos humanos no provienen exclusivamente de órganos estatales.

3. Segunda línea: Globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos

Dentro de esta línea podemos encontrar diversas sub-líneas 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.

A. La influencia de las instituciones de la gobernanza global en las constituciones de los Estados nacionales. Para explicar esta sub-línea, recurrimos a Stephen Zamora, quien ha observado lo que denomina 'presiones legislativas desde arriba', refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el FMI, el 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

²⁵⁰ Teubner, Gunther, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?", en Jeorges, Christian, Sand Inger-Johanne y Teubner, Gunther (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.

internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada.²⁵¹ La pregunta sería: ¿qué implicaciones constitucionales tiene este fenómeno?

B. La Internacionalización del Derecho Constitucional, alude al fenómeno por el cual el derecho constitucional de los estados-nacionales se ve influido en sus contenidos y en sus estructuras, por el derecho internacional, de diversas maneras.

En esta sub-línea se ubican autoras como Anne Peters quien sostiene que la globalización y la “governanza global” pueden afectar positiva o negativamente, principios constitucionales básicos de los Estados nacionales. Así, esta autora examina cómo es que ello sucede en relación con 4 principios constitucionales básicos de los Estados nacionales: *rule of law*, democracia, seguridad social y organización del territorio.²⁵²

Por otro lado, en los EUA ha surgido una escuela particularmente crítica de la influencia del derecho internacional sobre el derecho constitucional, encabezada por profesores como Ernest Young quien argumenta que lo que denomina el “constitucionalismo global”, tiene el potencial de alterar profundamente equilibrios constitucionales domésticos, que regulan la creación y la aplicación del derecho en los EUA.²⁵³ Esto venía sucediendo desde hace tiempo-afirma-en el área de derechos humanos, pero recientemente el derecho internacional se ha venido empalmando con la parte de la constitución que se

²⁵¹ 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.

²⁵² Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 270

²⁵³ Por “constitucionalismo global” entiende el fenómeno por el cual las normas internacionales cada vez más están llamadas a jugar el papel que juegan los principios constitucionales en el orden jurídico interno. Young, Ernest, “The Trouble with Global Constitutionalism”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 528.

refiere a las estructuras relativas a la legislación, la interpretación y la aplicación del derecho.²⁵⁴

Por sólo mencionar un fragmento de su esquema, Young sostiene que el “constitucionalismo global” afecta dos presupuestos básicos del Estado constitucional (Young piensa nada más en EUA, pero el argumento puede extenderse a otros Estados):

- a. el derecho es creado por medio de un intrincado y cuidadosamente equilibrado proceso que deliberadamente ha sido diseñado para ser difícil de transitar;
- b. los actores en dicho proceso son en última instancia responsables entre ellos y ante el electorado.

Sin embargo, para Young, la globalización tiene la capacidad de cambiar estos dos presupuestos, pues existen fuentes del derecho supranacionales que operan fuera de ese sistema de *checks-and-balances* y de responsabilidad (*piensa en el derecho creado en el marco de la OMC o del TLCAN*),²⁵⁵ y crea el riesgo de debilitar la estrategia institucional de la Constitución: dando la vuelta a la estructura de creación del derecho (por ejemplo, el caso del derecho consuetudinario internacional).²⁵⁶

²⁵⁴ El acuerdo de la OMC, por ejemplo, no sólo establece reglas para regular el comercio internacional; sino que también establece procedimientos quasi-legislativos e instituciones de resolución de conflictos para la interpretación y la aplicación de dichas reglas. Ibid., p. 528.

²⁵⁵ Se pregunta Young: ¿Ante quién responden los paneles de la OMC o de TLCAN? ¿Se puede responsabilizar al Congreso si **tuvo** que cambiar una ley por hacerla coherente con normas de la OMC? Aparte, señala Young que ni la OMC ni el TLCAN fueron producto de un tratado, sino de un acuerdo ejecutivo, que transfiere poderes al ejecutivo, y disminuye los de los estados (vía el Senado), bajo la idea de que el procedimiento del *fast track* debilita los llamados “political safeguards of federalism”, entre los que se encuentra el poder del Senado de EUA para dar su “consejo y consentimiento” dentro del procedimiento de aprobación de tratados internacionales (y no de acuerdos ejecutivos). Pero también afecta la democracia: tanto la OMC como el TLCAN establecen un esquema en que leyes aprobadas por legislativos nacional o estatales democráticamente elegidos, pueden ser declarados inválidos por tribunales supranacionales. Ibid., pp. 534-536.

²⁵⁶ Young afirma que el derecho consuetudinario internacional, conforma un código de derechos humanos, que se convierten en una “constitución paralela” para cualquier nación dispuesta a aplicarlo. Y resulta que en EUA, la Corte ha determinado en *Paquete Habana* (175 U.S. 677, 700, 1990) que “el derecho internacional es parte de nuestro derecho” y de ahí algunos han afirmado que el derecho consuetudinario internacional está incluido, y tiene efecto

La preocupación de Young va por el lado de su visión de la soberanía. Sugiere que en el derecho de EUA, la soberanía está vinculada íntimamente con la naturaleza básicamente procedimental del arreglo constitucional: “El pueblo americano espera que ciertas decisiones que les afectan habrán de ser tomadas a través de específicos procesos constitucionales, por personas que son responsables ante él”. Procesos que además –señala Young- están diseñados para preservar la libertad, responsabilidad y la separación de poderes. Burlar estos procesos significa hacerlos ineficaces en su papel para proteger la libertad.²⁵⁷

En Europa, y desde otra perspectiva pero dentro de la misma sub-línea, autores como Armin von Bogdandy han analizado el impacto de la globalización sobre el principio democrático consagrado por las constituciones de los Estados-nacionales. Así, este autor explica la globalización en términos de una transformación profunda del Estado nación, provocada por el incremento masivo de interacción entre las mismas esferas de diferentes naciones, que ha llevado a la fusión parcial de ámbitos que antes eran exclusivamente nacionales. Asimismo, la globalización significa la proliferación de organizaciones internacionales y la expansión del derecho internacional, así como la creciente autonomía de ambos respecto de las preferencias de estados individuales.²⁵⁸

Sin embargo, afirma von Bogdandy, estos procesos pueden afectar la simbiosis históricamente formada entre el Estado-nación y la democracia, en el entendido de que esta simbiosis implica que la legitimidad del Estado y del derecho (estatal), proviene precisamente del principio democrático. En efecto, en su explicación hay una conexión entre el derecho y el principio democrático, en el sentido de que éste último (cuya base legal es el concepto tradicional de soberanía popular), dota de legitimidad al primero, a través de los procesos *democráticos* previstos en la constitución nacional. De esta manera, afirma:

directo, y es federal para los propósitos de supremacía sobre el derecho estatal. Aunque esta posición es debatida. *Ibid.*, p. 533.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 542.

²⁵⁸ Bogdandy, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004, p. 885.

“El derecho nacional, antes considerado como la expresión de la voluntad del pueblo, cada vez implementa más reglas internacionales que resultan de un proceso internacional que es necesariamente diferente de los procesos que ocurren bajo las constituciones domésticas. El derecho nacional es así desnacionalizado. En resumen, la política nacional se encuentra ahora atada a una multiplicidad de límites jurídicos y fácticos que se originan desde fuera del estado nación. En la medida en que la política nacional refleja procesos democráticos, la globalización y la democracia entran en colisión.”²⁵⁹

Sobre la base de estas premisas, pasa von Bogdandy a examinar las diferentes posturas relativas al impacto de la globalización sobre el principio democrático. En primer lugar, se refiere a las posturas que ven en la globalización una amenaza a la auto-determinación nacional. A su vez, y en el marco de esta primera postura general, encuentra varias versiones, a saber: A. Globalización como Americanización (promovida e impulsada por instituciones como el Banco Mundial y la OMC), ante lo cual los procesos democráticos no son ya capaces de dar forma a la vida nacional. B. Globalización como una estrategia capitalista, que busca reducir las instituciones del Estado de Bienestar para incrementar las ganancias y conquistar mercados (afectando el equilibrio democrático entre intereses de clase opuestos). C. Globalización como el debilitamiento de las instituciones del Estado, postura que se centra en la debilidad progresiva del Estado frente a grupos, individuos y organizaciones transnacionales, capaces de emanciparse de la supremacía política de las instituciones estatales.²⁶⁰

Una segunda postura general descrita por von Bogdandy, es la que ve a la globalización como un instrumento para la democratización. Igualmente, dentro de esta postura general identifica varias perspectivas, a saber: A. Globalización como promotora de la democracia liberal, en una visión que enfatiza menos el tema de la democracia como auto-determinación política, resaltando en cambio la democracia como un conjunto de instituciones que aseguran el control y la responsabilidad de políticos y burócratas.²⁶¹ B. La Constitucionalización del

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 889.

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 891-892.

²⁶¹ La postura supone que los procesos asociados a la globalización ponen límites al espectro de decisiones no-razonables de los políticos que dañan los intereses de la mayoría de los consumidores. Además, la democracia y los derechos fundamentales se suponen estabilizados

Derecho Internacional, visión que se enfoca en la creciente importancia de reglas internacionales que obligan y limitan a los gobiernos nacionales, y que enfatiza aspectos como la profundización de la dimensión ética del derecho internacional; su expansión y aplicación más eficaz; y la emancipación parcial de la voluntad de los estados individuales.²⁶²

Finalmente, von Bogdandy se refiere a la postura general según la cual la globalización no está teniendo ningún impacto en las instituciones nacionales ni sobre la efectividad de la democracia. Visión asociada, según dice el autor, a algunos círculos sindicalistas.²⁶³

C. Patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional

Una segunda sub-línea se centra en el examen de las fórmulas, instrumentos normativos, mecanismos o doctrinas jurídicas por medio de las cuales se da la interacción entre los ámbitos normativos nacional e internacional. Así, esta línea se preocupa por temas sistémicos y estructurales: fórmulas de recepción; cláusulas de jerarquía; doctrinas judiciales de aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico. Todos ellos son temas constitucionales, por las siguientes razones. En primer lugar, las fórmulas de recepción son decisiones que se definen en las Constituciones nacionales. En segundo lugar, las cláusulas que determinan cuál es la jerarquía del derecho internacional dentro de los sistemas jurídicos domésticos, son disposiciones típicamente constitucionales. Y en tercer lugar, las doctrinas judiciales que definen la aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico, también son de carácter y de relevancia constitucional, ya sea porque su sustancia o materia afecta temas típicamente constitucionales (derechos humanos, separación de poderes, distribución vertical de competencias entre niveles de gobierno), o bien porque provienen del juez constitucional.

por esta visión, a través de la publicidad global y los medios de comunicación globales, que debilitan a los gobiernos autoritarios. *Ibid.*, pp- 893-894.

²⁶² *Ibid.*, pp. 894-895.

²⁶³ *Ibid.*, p. 895.

En esta sub-línea se ubican autores como Cassese, quien después de reconocer la relevancia de estudiar las interacciones entre derecho internacional y derecho doméstico, así como de la importancia que el derecho interno tiene para la eficacia del derecho internacional, se hace la siguiente pregunta: ¿en qué medida los Estados establecen la maquinaria doméstica para implementar el derecho internacional?²⁶⁴

Esta pregunta lleva a Cassese a definir el propósito de su trabajo en los siguientes términos: estudiar la actitud de los estados modernos hacia la comunidad internacional, en la medida en que esta actitud está sancionada y cristalizada en los textos constitucionales. A este autor le preocupa observar si los estados están dispuestos o no a aceptar y avalar los estándares jurídicos de conducta de la comunidad internacional y de garantizar su observancia dentro de su sistema jurídico nacional, o si sospechan o son indiferentes a esos estándares, tal y como se puede ver en sus constituciones.²⁶⁵

De esta manera, Cassese elabora una clasificación de las distintas fórmulas empleadas por las constituciones para definir la recepción y la jerarquía no solamente del derecho internacional de los tratados, sino también del derecho internacional consuetudinario.

Entre sus conclusiones, Cassese señala que los países tienden a ser muy precavidos en cuanto a su aceptación de estándares internacionales en su derecho nacional. Hay preocupación-dice- por salvaguardar valores nacionales básicos, por lo que incluso países occidentales muy orientados hacia afuera dudan en proclamar una lealtad irrestricta y no calificada al derecho internacional en sus constituciones. Se prefiere entonces una aproximación de caso-por-caso a las reglas internacionales, es decir, no cristalizar de una vez y para siempre en sus constituciones un firme e irrevocable compromiso de cumplimiento no cualificado a todas las reglas internacionales. Asimismo, ve un desfase entre la suscripción de tratados, y la aceptación de escrutinio

²⁶⁴ Cassese, Antonio, "Modern Constitutions and International Law", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, III, 1985, p. 342,

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 343.

internacional o la adopción de mecanismos internos para asegurar que los tratados sean cumplidos y respetados por las autoridades nacionales, incluyendo a los legisladores.²⁶⁶

Por su parte, Cottier y Hertig, en su intento por dar orden y coherencia al fenómeno de la 'gobernanza multi-nivel' (la coexistencia de diversos niveles de gobernanza, todos ellos con su propia pretensión de ejercicio de autoridad legítima),²⁶⁷ examinan las posibilidades y límites que para estos propósitos tiene el principio de supremacía o de jerarquía. Así, por un lado, estos autores encuentran buenas razones para apoyar el principio de supremacía de los niveles "más altos" de gobernanza en caso de conflicto.²⁶⁸

Pero por otro lado, identifican límites y excepciones al propio principio de supremacía. Es decir, ven en el principio de supremacía un principio ordenador, pero que no se ha de aplicar de manera absoluta. Por ello, es importante diseñar criterios bajo los cuales los niveles más bajos de la gobernanza puedan prevalecer sobre los más altos. De hecho, señalan estos autores, esta es la pretensión de muchas constituciones en la actualidad. Por ejemplo, en los EUA la Corte no reconoce que el derecho internacional sea superior a la Constitución de ese país. Y en el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha dicho que el derecho de los niveles superiores de gobernanza no

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 442-444.

²⁶⁷ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", A. von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp.

²⁶⁸ Primero. Una razón fáctica: incluso bajo preceptos tradicionales, la lógica de la supremacía de los niveles más altos de gobernanza se reconoce generalmente, dado sus importantes papeles de coordinación y coherencia. Por ejemplo, el principio de supremacía del derecho federal *vis a vis* el estatal, provincial o cantonal es aceptado. De manera similar, al derecho internacional se le reconoce como un orden más alto, como se expresa en el principio de *pacta sunt servanda*, que se aplica con toda su fuerza a las relaciones internacionales y produce, si es violado, responsabilidad estatal. En segundo lugar, hay una razón funcionalista: una jerarquía básica entre diferentes niveles constitucionales es necesaria para asegurar el funcionamiento de los niveles más altos de gobernanza. Sin una jerarquía básica los diferentes niveles no pueden asumir sus funciones de coordinación. Tercero: la supremacía de los niveles más altos se deriva también de la participación y el consentimiento y la naturaleza obligatoria del consentimiento, expresada en *pacta sunt servanda*. "...indeed, supremacy viewed as a system of chains of command, of simple taking orders from above, would be illegitimate. The five storey house does not, however, represent such a system, since higher floors of the building are essentially constituted by lower levels and defined by their input. The way a 'lower' level participates in the 'higher' level therefore is of key importance in order to define as to whether that level and its claim to supremacy is legitimate." Cottier y Hartig, *Ibid.*, pp. 307-309.

puede prevalecer en casos en que infrinja derechos inalienables de los ciudadanos. Igualmente, y pensando en las instituciones de democracia directa típicas del sistema suizo, señalan estos autores que el efecto directo del derecho de los niveles de gobernanza más altos no debe reconocerse en la medida que no corresponde con los procesos que permiten la participación democrática y legitimidad comparable del derecho nacional.²⁶⁹

En suma, proponen Cottier y Hertig, que los niveles más altos deben mostrar sensibilidad hacia los valores principales de los niveles más bajos de gobernanza (como forma de lograr mayor aceptación de los de arriba por parte de los de abajo). Por ello es que su concepción del “five storey house”²⁷⁰ conlleva la idea de comunicación entre los diferentes niveles. En suma, la propuesta comienza con la presunción de jerarquía, pero puede permitir derogaciones en la medida en que se requiera para la protección de derechos o de otros valores de la democracia constitucional en cuestión.²⁷¹

Finalmente, encontramos también estudios referidos a la recepción del derecho internacional y más en específico, de las decisiones de los tribunales internacionales por los tribunales nacionales.²⁷² En esta línea, destacan los estudios relativos a una serie de doctrinas que regulan o modulan la recepción del derecho internacional en el derecho interno, que tienen un interés para los estudios constitucionales en razón de que han sido elaboradas por los jueces constitucionales de los diversos Estados, en interpretación de cláusulas

²⁶⁹ *Ibid.*, pp, 311-312.

²⁷⁰ Este concepto describe el fenómeno de la gobernanza multinivel, a manera de cinco niveles que se empalman e interactúan: municipal-local-nacional-regional-global.

²⁷¹ “La idea de proceso, comunicación e interacción, más que precedencia mecánica de los niveles de gobernanza “más altos” sobre los “más bajos”, es importante para entender cómo el sistema constitucional está evolucionando hacia una mayor coherencia, asegurando que las salvaguardas adecuadas se establezcan en el nivel de gobernanza apropiado y que el sistema como un todo responda a los preceptos del constitucionalismo tradicional. Es importante proteger la vida, la libertad y propiedad, y perseguir los fines del bienestar humano y el desarrollo con un derecho económico no discriminatorio. Pero estas garantía y fines no necesitan estar presentes en todos los niveles de gobernanza de igual manera.”, *Ibid*, pp. 313-314.

²⁷² Por ejemplo, ver Bedjaoui, Mohammed, “The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals”, *International Law and Politics*, vol. 28, nos. 1-2, 1995-1996; Dawn Jarmul, Holly, “The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts”, en *International Law and Politics*, vol. 28, nos. 1-2, 1995-1996; o bien Slyz, George, “International Law in National Courts”, en Franck, Thomas y Fox, Gregory (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

constitucionales sobre recepción de derecho internacional en el derecho interno. Me refiero a la temática y los debates relativos a doctrinas como del carácter auto-ejecutable o no-auto-ejecutable del derecho internacional; su “efecto directo” (o falta de); la doctrina del margen de apreciación; el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*. Incluso, en este apartado podría incluirse la discusión sobre la justiciabilidad o no (en términos de control constitucional) de los actos de los organismos internacionales.²⁷³

4. Tercera línea: la “Constitucionalización del Derecho Internacional”

En general, este se refiere a la posibilidad de que el derecho internacional adquiera dimensiones constitucionales o desempeñe ‘funciones’ constitucionales. Por ejemplo, Cottier y Hertig notan un uso cada vez más frecuente de terminología constitucional en el ámbito del derecho internacional público. Y se preguntan: ¿Estamos ante una “inflación” del término?, ¿Es esto inadecuado?, ¿es dicha terminología exclusiva del estado nación?

Y en efecto, algunas organizaciones internacionales denominan “constituciones” a sus cartas constitutivas (FAO, UNESCO). En la doctrina hay autores que hablan de una ‘emergente constitución global’, de una ‘constitución de la humanidad’ o de una ‘constitución universal de derecho internacional público al referirse a la Carta de la ONU o de una ‘constitución económica mundial’ al referirse a la OMC.²⁷⁴ Y ante esto, surge la pregunta obligada: ¿no se corre el riesgo de diluir el significado de Constitución?²⁷⁵

²⁷³ Recuérdese la decisión de la Corte Constitucional de Bosnia/Herzegovina, Nov., 3, 2000 en el Caso U9/00, sobre la revisión de ciertas decisiones de la Oficina del Alto Representante de las Naciones Unidas en Bosnia. O bien el debate sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, referidas al combate al terrorismo y su posible inconstitucionalidad. *Vid supra*, nota 9.

²⁷⁴ Como explica Kumm, hay una tendencia a afirmar que el derecho internacional tiene una constitución. La idea de constitución es empleada en varias formas. Algunos sugieren que la Carta de la ONU puede ser vista como la constitución mundial (Fassbender, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998) o que la OMC se ha convertido en la constitución económica del mundo (Petersman, “Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets”, 37 *Loyola of LA Law Review*, 2003), o que hay una constitución global no escrita (Cass, S., “The ‘Constitutionalization’ of International

El tema es abordado por Biaggini, quien se pregunta si este nuevo “anhelo constitucional” (internacional) manifiesta una nueva orientación de la idea de Constitución. Para este autor, la expansión del concepto de Constitución no es casualidad: es un testimonio totalmente elocuente del proceso de cambio en las estructuras jurídicas internacionales con una dimensión plenamente constitucional.²⁷⁶

Al referirnos a esta línea analítica, debemos señalar que nos encontramos ante el tema de lo que se ha dado en llamar la “Constitucionalización del Derecho Internacional”, concepto que para Cottier y Hertig, puede hacer referencia a dos significados:

- a. es una herramienta analítica para describir cambios estructurales en el sistema jurídico internacional; y
- b. una estrategia sobre cómo hacer avanzar la eficiencia, coherencia y legitimidad del derecho internacional por la vía de aplicar teorías del derecho constitucional al sistema internacional como un todo o a organizaciones internacionales.²⁷⁷

En este sentido, autores como Tomuschat han propuesto que algunas reglas del derecho internacional desempeñan funciones constitucionales con respecto a los ámbitos internacional y nacional (función que es velar por la paz internacional, la seguridad y justicia en las relaciones entre Estados, los derechos humanos y el Estado de Derecho dentro de los Estados para el beneficio de los seres humanos). La esencia del argumento constitucional de

Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *EJIL*, vol. 12, 2001).

²⁷⁵ Cottier y Hertig, *op. cit.*, pp. 279-281.

²⁷⁶ Biaggini, Giovanni, “La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la Epoca de la Globalización?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 7, 2003, pp. 49-51.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 272 y 275.

esta postura -añade Bogdandy- es que los principios centrales del derecho internacional se refieren y limitan a todas las formas del poder político.²⁷⁸

Una de las innovaciones conceptuales de Tomuschat es que el derecho internacional tiene funciones constitucionales, idea que radicaliza después y lleva al extremo de afirmar que también cumple un papel fundacional para el estado y su constitución. Sin embargo, no concibe este papel fundacional en términos formales como una relación de competencias delegadas, sino que basa su construcción en una cuestión de sustancia, en particular bajo la forma de los derechos humanos: la comunidad internacional se mueve progresivamente de un sistema centrado en la soberanía a un sistema orientado por valores o por los individuos. Asimismo, en su visión el estado sigue siendo el actor más importante en el campo internacional, sin embargo, asume un *papel* en una *obra* escrita y dirigida por la comunidad internacional. Y se trata de una obra escrita y dirigida sin o contra la voluntad de los Estados.

279

En el orden institucional, Tomuschat ve un sistema multinivel, en que el Estado debe aprender a vivir en relación simbiótica con instituciones de la comunidad internacional en los niveles regional y universal. Ese sistema tiene elementos integrativos: primero, el carácter constitucional del sistema internacional se da alrededor de valores jurídicos fundamentales (art. 2 Carta ONU y derechos humanos internacionales). Segundo, Tomuschat propone un sistema político internacional con un considerable grado de autonomía vis-a-vis los estados.²⁸⁰

Finalmente, en cuanto al sustrato de legitimidad, que el Estado tiene en el "pueblo", Tomuschat lo ve en el concepto de "comunidad internacional". El derecho y la política internacionales se refieren a un grupo social llamado "comunidad internacional" al que pertenecen los estados. A su vez, esa

²⁷⁸ Bogdandy, Armin von, "Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, p. 226. Nuestra referencia a Tomuschat se basa en el análisis crítico que Armin von Bogdandy hace de la propuesta de aquél, desarrollado en el artículo aquí citado.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 228. Ver también de Tomuschat su ensayo titulado: 'Obligations Arising for States Without or Against their Will', *Recueil des Cours*, La Haya, 993, pp. 195-374.

²⁸⁰ *Ibid.*, p 231.

comunidad internacional la presenta sobre todo como una comunidad de valores, insertos sobre todo en las obligaciones internacionales *erga omnes* y de *jus cogens*. En esta visión, los estados tienen legitimidad solamente en la medida en que respetan e implementan estas obligaciones fundamentales. Esta es una fuente de legitimidad, mas no de legitimidad democrática, que para Tomuschat sólo puede venir a partir de los procesos democráticos dentro de los Estados.²⁸¹

De manera similar, Erika de Wet sostiene que está emergiendo un orden constitucional internacional que consiste en una comunidad internacional, un sistema de valores internacional y estructuras rudimentarias para su aplicación.²⁸² Para esta autora, el debate en Europa sobre la constitucionalización de la UE ha ilustrado la utilidad de trasponer al nivel post-nacional nociones abstractas del constitucionalismo, para así adquirir control sobre la toma de decisiones que ocurre fuera de las fronteras nacionales.²⁸³ En este debate, se ha visto lo relevante del constitucionalismo como marco de referencia para el marco regulatorio que aspire a ser viable y legítimo de cualquier comunidad política, incluyendo las de nivel post-nacional: “órdenes constitucionales” que se forman más allá del Estado, y que pueden ser regionales, internacionales o supranacionales.²⁸⁴

Por su parte, y contrario a la idea del surgimiento de un orden constitucional internacional como una totalidad, Walter y Peters han propuesto la idea del surgimiento de ‘constituciones parciales’. Así, Christian Walter argumenta que la simple transferencia de la noción de ‘constitución’ del contexto nacional al nivel internacional es insuficiente para atender los retos actuales. Por ello está contra la idea de una especie de ‘república mundial’ con su constitución mundial. Lo cual no significa que ‘estado’ y ‘constitución’ estén necesariamente ligados. Considera que ambos conceptos pueden separarse y que es posible

²⁸¹ *Ibid.*, p. 236.

²⁸² Wet, Erika de, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 611-632.

²⁸³ Wet, Erika de, “The International Constitutional Order”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 55, part 1, January 2006, pp. 51-52.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 53.

llevar la noción de constitución a contextos no-estatales. El punto es que el concepto de constitución cambia de significado cuando se le transfiere y ese cambio es reforzado por los cambios estructurales a nivel internacional que están ocurriendo: la desagregación del Estado y el proceso de sectorialización que vive el derecho internacional.²⁸⁵ Con esto afirma Walter- en lugar de ir hacia una 'constitución mundial', estamos ante un orden consistente en 'constituciones parciales' (al nivel internacional y nacional), pues el surgimiento de un sistema de 'gobernanza internacional' también reduce a las constituciones nacionales a constituciones parciales y de 'elementos constitucionales' que pueden ser encontrados en diversos contextos. Sin embargo, como un todo, el sistema no tiene una constitución total. En opinión de Walter, la sectorialización del derecho internacional implica necesariamente moverse de una orientación centrada en el actor, a una centrada en la materia. Y ese es su principal observación analítica.²⁸⁶

Por otro lado, la sectorialización del derecho internacional lleva al tema de la coordinación entre regímenes (es decir, entre las 'constituciones parciales'). En algunos casos, no hay gran discusión pues cada régimen es autónomo, con sus propios estándares y soluciones y principios, y así se acepta, cada uno siguiendo su propia lógica. Pero en otros casos, como el relativo a los derechos humanos, estamos ante un tema transversal que puede cortar o atravesar los otros regímenes. Los derechos humanos, apunta Walter, deben ser respetados independientemente del régimen. Por ello el régimen de derechos humanos no puede ser visto como cualquier otro régimen. En opinión de este autor, a la larga será necesario tener una solución jerárquica para el tema de derechos humanos y el Derecho internacional de los derechos humanos ofrece un núcleo para el desarrollo de esa solución jerárquica. Pero ni los mecanismos procesales ni los estándares sustantivos han sido alcanzados para transitar del nivel nacional al internacional de protección de los derechos humanos. Se puede decir que los estados tienen la obligación de establecer tales regímenes

²⁸⁵ El fenómeno de la 'sectorialización' del derecho internacional se refiere a la tendencia a la multiplicación de jurisdicciones internacionales por ámbitos espaciales o geográficos (sectorialización regional) o por materias específicas (sectorialización especializada).

²⁸⁶ Walter, Christian, "International Law in a Process of Constitutionalization", en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *op. cit.*, pp. 191-192.

específicos de protección. Pero en la ausencia de ellos, toca a los tribunales nacionales asegurar un adecuado nivel de protección y-de ser necesario- no aplicar la decisión internacional en cuestión. Este desarrollo-afirma Walter- arroja luz sobre los cambios en el papel del Estado anteriormente considerado como soberano: la perspectiva de funciones constitucionales resalta su nuevo papel como transmisor de obligaciones internacionales de tratados de derechos humanos en regímenes internacionales institucionalizados.²⁸⁷

Por su parte, Anne Peters sostiene la siguiente tesis: la “desconstitucionalización” doméstica debido a la globalización debería y podría ser compensada con la constitucionalización del derecho internacional. Así, afirma que la globalización ha llevado a que funciones de gobierno típicamente estatales, como garantizar seguridad humana, libertad, igualdad, están siendo parcialmente transferidas hacia niveles “superiores” e incluso, a actores no-estatales. El resultado es que la ‘gobernanza’ (entendida como el proceso de regulación y ordenación de temas de interés público) es ejercida más allá de los confines constitucionales de los estados. Esto significa que las constituciones estatales no pueden ya regular la totalidad de la gobernanza de una manera comprehensiva, y que la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo está siendo derrotado. Ante esto, el hueco en las constituciones nacionales afecta no solamente el principio constitucional de democracia, sino también el ‘rule of law’ y el de seguridad social. Sobre todo, las constituciones estatales no son más ‘constituciones totales’. En consecuencia, debemos pugnar-dice Peters- por una constitucionalización compensatoria en el plano internacional (*compensatory constitutionalization*). Solamente los varios niveles de gobernanza, tomados en conjunto, pueden proporcionar protección constitucional completa.²⁸⁸

Peters observa el mismo fenómeno que Walter denomina ‘sectorialización’ y le llama “fragmentación” del derecho internacional, es decir, el surgimiento de regímenes sectoriales en derecho internacional, y la proliferación de tribunales

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 209.

²⁸⁸ Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, no. 19, 2006, p. 580.

internacionales especializados. Ante esto, afirma esta autora, una visión constitucionalista internacional debe reaccionar. Asimismo, Peters sugiere primero, que la fragmentación no es un problema en sí mismo. Lo importante es que haya formas y reglas para resolver los conflictos. Además, en realidad más que fragmentado, el derecho internacional ofrece una imagen de 'unidad en la diversidad' o 'diversidad flexible'. Así, las 'constituciones sectoriales' pueden ser concebidas como 'constituciones parciales', lo cual va contra la idea de la constitución como totalidad, sin embargo -apunta Peters- ni siquiera las Constituciones nacionales son ya "totales", no pueden regular la totalidad de la actividad política. Por tanto, las 'constituciones parciales' ya no son una cosa anómala. Entonces, la visión de derecho constitucional internacional debe desarrollar reglas de conflicto entre los varios sistemas y subsistemas. Y esto es lo que se necesita en términos prácticos.²⁸⁹

Con otro enfoque, la propia Erika de Wet explica que otro dominio post-nacional en el que se usa el lenguaje constitucional son los tratados fundacionales de organizaciones internacionales. Y explica:

"Cuando se usa en este contexto, el término constitución se refiere al hecho de que el documento constitutivo de una organización internacional es un tratado internacional de una naturaleza especial. Su objeto es crear un nuevo sujeto de derecho internacional con cierta autonomía (de creación normativa), a la que los estados parte le confían la tarea de alcanzar fines comunes. La aproximación constitucional al derecho de las organizaciones internacionales es también indicativa del hecho de que los poderes que las organizaciones internacionales tienen debe ser ejercido de acuerdo con ciertos límites jurídicos, de manera especial los del documento constitutivo. La constitución de una organización internacional encarna así el marco jurídico dentro del cual una comunidad autónoma de naturaleza funcional (sectorial) realice su objetivo funcional respectivo, por ejemplo, liberalización comercial, protección de derechos humanos, o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales."²⁹⁰

De Wet extiende el uso del término constitución más allá del uso arriba indicado "...para describir un sistema en que los diferentes regímenes constitucionales nacional, regional y funcional (sectorial) forman bloques de

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 602-603.

²⁹⁰ Wet, *op. cit.*, "The International Constitutional Order", p. 53.

construcción de una comunidad internacional ('international polity') que es apuntalada por un sistema de valores esencial común a todas las comunidades e incrustado en una variedad de estructuras jurídicas para su aplicación. Esta visión de un modelo constitucional internacional está inspirado por la intensificación de la transferencia de toma de decisiones pública fuera del Estado nación hacia actores internacionales de naturaleza regional y funcional (sectorial), y su impacto en cuanto a la erosión del concepto de un orden constitucional total o exclusivo en el que las funciones constitucionales son atadas dentro del Estado nación por un solo documento. Asume un orden jurídico internacional cada vez más integrado en el que el ejercicio del control sobre el proceso de toma de decisiones políticas sería posible solamente en un sistema en que los órdenes constitucionales nacional y post-nacional (ej. regional y funcional) se complementan unos a otros en lo que equivale a "*Verfassungskonglomerat*."²⁹¹

Finalmente, estudios como el de Deborah Cass, explican la transformación actual del régimen jurídico del comercio internacional en términos de su "constitucionalización".²⁹² Esta autora sugiere que una forma posible de interpretar la llamada 'constitucionalización' del derecho del comercio internacional, se refiere a la generación de un conjunto de normas y estructuras de tipo constitucional por parte de las decisiones de carácter judicial del Organo de Apelación de la OMC. En este sentido, Cass identifica en dichas decisiones la estructura subyacente del debate constitucional y los principios del razonamiento constitucional, tales como: democracia y gobernanza, diseño constitucional, justicia y distribución de responsabilidades por las políticas públicas.²⁹³

Por su parte, y en una línea parecida a la de Cass, Afilalo argumenta que el TLCAN, y en particular el Capítulo 11 sobre inversión, equivale a una

²⁹¹ *Ibid.*, p. 53.

²⁹² Cass, Deborah Z., "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *European Journal of International Law*, vol. 12, no. 1, 2001.

²⁹³ *Ibid.*, p. 39.

‘constitucionalización por la puerta de atrás’,²⁹⁴ en el siguiente sentido: la aplicación de las reglas del derecho comercial internacional, tanto en el marco de la OMC como del TLCAN, implica con frecuencia el escrutinio de medidas domésticas que son sensibles a los intereses nacionales, en temas como protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y salud pública. Ahora bien, el método analítico seguido por el Organo de Solución de Disputas de la OMC o los páneles de arbitraje en el macro del TLCAN (órganos cuyos laudos pueden afectar la potestad regulatoria de los Estados miembro), evoca el escrutinio constitucional, en el sentido de que el tribunal revisor determina en cada caso si la carga o afectación del comercio internacional causada por una medida doméstica está justificada por un interés nacional reconocido y, si es el caso, si tal medida es ‘el medio menos restrictivo del comercio’ para alcanzar dicho objetivo doméstico. Esto significa que el derecho comercial internacional se ha incorporado en el ápice de la jerarquía del sistema jurídico doméstico.²⁹⁵ Sin embargo – apunta Afilalo- el TLCAN va todavía más allá, pues incluye un Capítulo 11 (sobre inversión), que otorga a individuos privados el derecho de acción por daños a sus inversiones, causados por medidas domésticas que violen las reglas del referido capítulo.

En el mismo sentido, Harten ha observado que el efecto general del Capítulo 11, como es el caso con todos los tratados bilaterales de inversiones, es regular el ejercicio de la autoridad pública por los estados anfitriones en relación con los inversionistas extranjeros. Y apunta:

“Desde esta perspectiva, los estándares del TLCAN podrían ser vistos como análogos a las reglas de derecho público doméstico que protegen a los individuos al limitar la autoridad del estado, pero en la esfera internacional.”²⁹⁶

²⁹⁴ Afilalo, Ari, “Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA’s Investment Chapter”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 34, no. 1, 2001.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁹⁶ Por otro lado, el Capítulo 11 importa reglas y estructuras de arbitraje comercial internacional en la resolución de disputas inversionista-estado. Como tal, el arbitraje de una disputa bajo el Capítulo 11 se asemeja de manera muy cercana el arbitraje comercial clásico entre partes privadas. Esta contradicción en los aspectos de derecho público y privado del Capítulo 11 revela una tensión básica en el arbitraje inversionista-estado bajo los modernos tratados sobre inversiones. ¿Es el arbitraje inversionista-estado más como adjudicación de derecho público o arbitraje comercial?, ¿O es un híbrido, y si eso es así, debieran los principios de derecho público o de derecho privado tener preferencia en una circunstancia particular?”

Como apuntan Cottier y Hertig, en el debate sobre esta forma de ver a las constituciones y al constitucionalismo en la era de la globalización, todavía no hay un acuerdo conceptual ni teórico; sin embargo, es una señal de que la separación estricta entre derecho doméstico y derecho internacional está siendo puesta en cuestionamiento, y abre el debate sobre los prospectos del constitucionalismo en el siglo 21.²⁹⁷

5. Cuarta Línea: La Globalización del Derecho Constitucional como “Convergencia”

Algunos autores sugieren una forma de entender la globalización y su impacto en el derecho constitucional, en términos de la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales, en sus estructuras y en sus mecanismos de protección a los derechos fundamentales. Tal es el caso de Mark Tushnet, quien identifica procesos de ‘arriba-abajo’ y de ‘abajo-arriba’ que contribuyen a dicha convergencia. De esta manera, entre los primeros, identifica el desarrollo de redes mundiales de jueces constitucionales, el incremento en las interacciones entre ellos y el ‘diálogo transjudicial’²⁹⁸ para la adopción de soluciones a problemas que son comunes a gran parte de los sistemas constitucionales.²⁹⁹

Por otra parte, nota Tushnet la influencia de ONGs de carácter transnacional como otra ‘ubicación institucional’ para explicar la globalización del derecho constitucional entendida como convergencia. Específicamente, afirma que por medio de su intervención en disputas constitucionales a lo largo y ancho del mundo, impulsan una concepción universalista de los derechos humanos, y a través de su labor de asesoría en los litigios influyen en las decisiones

Harten, Gus Van, “Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?”, *Arbitration International*, vol. 2, no. 4, 2005, pp. 493-494.

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 272 y 275.

²⁹⁸ Como ya vimos, Slaughter aplica su concepto de “transgubernamentalidad” a los poderes judiciales. Vid supra, notas 182-184. Ver también, de la misma autora, su ensayo “Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

²⁹⁹ Tushnet, Mark, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, no. 4, 2009, p. 985-991.

adoptadas por los tribunales constitucionales en los distintos estados.³⁰⁰ Asimismo, menciona también este autor la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos, los órganos de aplicación de los mismos y sus implicaciones en los sistemas constitucionales domésticos. Todo ello, sugiere, tiende a impulsar una cierta convergencia tanto en estructura institucional como en la interpretación de los derechos humanos.³⁰¹

En cuanto a las presiones de 'abajo-arriba', Tushnet se refiere a aquellos estudios que conectan la globalización y el derecho constitucional por medio de procesos de mercado. David Law, por ejemplo, afirma que la globalización económica incluye la competencia entre países por la inversión y el capital humano. Bajo esta perspectiva, los países compiten por ofrecer a los inversionistas y al capital humano (especialmente al más calificado), paquetes de beneficios que sean atractivos. En esos paquetes, argumenta Law, se encuentran niveles adecuados de protección constitucional.³⁰² Sobre esta base, Tushnet argumenta que tal convergencia puede ocurrir tanto respecto de derechos de propiedad, como de estructuras constitucionales. Sin embargo, acepta también que es razonable pensar que la convergencia ha de ocurrir con mayor celeridad respecto de los derechos, "en gran parte porque las estructuras constitucionales condicionan de manera más fuerte la forma en que la política es conducida al nivel nacional y así produce respuestas más fuertes, a través de aquellos que están involucrados en la política doméstica."³⁰³

Por otro lado, y también en la línea de la convergencia pero con un enfoque crítico, encontramos estudios como el de Hirschl, quien da una explicación política de la expansión global de un modelo constitucional basado en una

³⁰⁰ Ibid., p. 989.

³⁰¹ Ibid., p. 990.

³⁰² Law, David D., "Globalization and the Future of Constitutional Rights, *Northwest University Law Review*, vol. 102, 2008, p. 1277. En un sentido parecido, Ogus, Anthony, "Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, Part 2, 1999. Ogus propone emplear un modelo de competitividad económica para explicar cómo es que los sistemas jurídicos nacionales compiten entre sí, lo cual en ocasiones lleva a la convergencia en relación con ciertas áreas del derecho. Para este autor, las interacciones entre sistemas jurídicos pueden crear una competencia externa por la oferta de derecho (*supply of law*).

³⁰³ Tushnet, *op. cit.*, p. 1002.

carta de derechos fundamentales combinado con una revisión judicial activa. El argumento de su ensayo consiste básicamente en que la expansión global de dicho modelo es producto de la interacción estratégica entre élites políticas, élites económicas y 'líderes judiciales', que en sus respectivas sociedades son grupos hegemónicos pero que a la vez se sienten amenazados por impulsos provenientes de los procesos democráticos. Ante esta percepción, argumenta Hirschl, dichos grupos forman coaliciones de 'innovación jurídica' para determinar el tiempo (*timing*), la medida y la naturaleza de las reformas constitucionales. En esta visión, el objetivo último es el aislamiento de la formulación de políticas públicas de las vicisitudes del proceso político democrático.³⁰⁴

Por último, hemos de mencionar que la idea de la 'convergencia', del 'diálogo transjudicial' entre jueces constitucionales, una 'comunidad global' de jueces constitucionales en comunicación constante, ha impulsado un renovado interés por el derecho constitucional comparado, como lo demuestran estudios sobre teoría de la interpretación constitucional comparada,³⁰⁵ el uso del derecho constitucional comparado,³⁰⁶ la recepción y transplante de modelos constitucionales,³⁰⁷ o la 'migración' de las ideas constitucionales.³⁰⁸ De hecho, una de los modos de interpretación que han sido identificados en la práctica de la jurisprudencia constitucional comparada, refleja una tendencia a la convergencia basada en la interpretación y aplicación de principios jurídicos universales.³⁰⁹

³⁰⁴ Hirschl, Ran, "The Political Origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 11, no. 1, 2004, pp. 72-73.

³⁰⁵ Choudhry, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999. Y Annus, Taavi, "Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, 2004.

³⁰⁶ Saunders, Cheryl, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13, no. 1, 2006;

³⁰⁷ Kokkott, Juliane, "From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law", en Starck, Christian (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*, Alemania, 1999.

³⁰⁸ Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.

³⁰⁹ Para Choudhry el modo de interpretación universalista, sostiene que las garantías constitucionales son tomadas de un manto universal y que, por ello, todos los tribunales

Estos temas abren otra línea de análisis, referida a la función y alcance del derecho constitucional comparado, en un contexto tan complejo y diverso como el que se ha descrito en las páginas anteriores. Ello no obstante, en los capítulos siguientes la presente investigación se desarrollará en los términos planteados por la segunda línea descrita, es decir, la relativa a la globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos, en referencia al caso específico de México. Sin embargo, no podremos dejar de referirnos a preocupaciones y rutas de reflexión vinculadas al resto de las líneas de debate revisadas en el presente capítulo.

constitucionales están inmersos en la identificación, interpretación y aplicación del mismo conjunto de normas. Estas se entienden como principios jurídicos trascendentes que son lógicamente previos a las reglas de derecho positivo y a doctrinas jurídicas. En lugar de diversidad (como verían los del particularismo legal), el universalismo ve unidad. Los tribunales que recurren a este modo, se ven a sí mismos como dando significado a libertades que trascienden las fronteras nacionales. A su vez, este modo se vincula con una corriente importante del derecho comparado, que sostiene que los diferentes sistemas jurídicos, en el fondo, llegan a soluciones similares para resolver los problemas y conflictos sociales. Esta postura tiene una vertiente descriptiva y otra prescriptiva (los sistemas jurídicos deben ser similares), y se identifica con las teorías de la convergencia. (por ej, Zweigert y Kotz, y Markesinis). Esta idea de las similitudes funcionales ante problemas enfrentados y las soluciones propuestas en los diferentes sistemas jurídicos, puede ser dirigida hacia la posibilidad de fundar una gramática y conceptos teóricos de un lenguaje jurídico universal, tal y como lo propone David Beatty al analizar interpretación constitucional en el mundo, quien dice “los principios básicos de derecho constitucional son esencialmente los mismos alrededor del mundo, a pesar de que existe considerable variación en lo que las garantías constitucionales contienen y en el lenguaje que emplean.” Beatty, David, *Constitutional Law in Theory and Practice*, University of Toronto Press, 1995. Citado por Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 830-850.

Capítulo VI Derecho constitucional mexicano y Derecho Económico Internacional

1. Introducción

En el capítulo anterior, identificamos diversas líneas de discusión relativas al impacto de la globalización en el derecho constitucional, y encontramos que una posible línea de investigación es la que se ocupa de examinar cómo es que ciertos procesos y fenómenos identificados con aquella afectan o pueden afectar normas y principios básicos de las constituciones de los Estados nacionales. Asimismo, dentro de esta línea encontramos diversas sub-líneas de análisis, tales como la referida a 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.

En el presente capítulo examinaremos los alcances de las primeras 2 sub-líneas. En primer lugar, procederemos a estudiar el fenómeno por el cual las instituciones de la llamada 'gobernanza global' pueden llegar a influir de manera importante las normas constitucionales de los Estados nacionales. En este caso, nos referimos al enfoque que vincula la globalización financiera y las instituciones que la gobiernan con cambios en los sistemas jurídicos domésticos, algunos de los cuales pueden involucrar a normas de las constituciones nacionales, incluidas las mexicanas. Instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional ejercen una gran influencia en el cambio institucional de muchos países, a través de sus programas de asistencia técnica y los préstamos condicionados. Ante esta realidad, consideramos que vale la pena estudiar si tal influencia ha alcanzado el nivel constitucional, en el caso de México.

En segundo lugar, exploraremos la manera en que los tratados de libre comercio o los tratados sobre protección de inversiones suscritos por México pueden afectar el derecho constitucional mexicano. Dejaremos para el

siguiente capítulo el examen de la influencia que sobre el derecho constitucional nacional tienen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano (específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos), así como la tercera sub-línea, relativa a los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional.

Ahora bien, consideramos que nuestro punto de partida debe ser una definición del derecho económico internacional (DEI) que nos sirva para encuadrar la discusión y análisis posteriores. Esto es así, porque, como se explicará, el DEI engloba tanto a las organizaciones internacionales que gobiernan las finanzas y el comercio internacionales, como a la densa red de tratados de libre comercio y de protección de inversiones que existen en la actualidad. En este sentido, consideramos que el DEI puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan a actores y actividades económicas que cruzan o tienen impactos a través de los límites de un solo sistema jurídico y económico, y que opera o impacta en el sistema económico global.³¹⁰ Su núcleo está conformado por las normas que regulan las relaciones económicas de los estados y las organizaciones internacionales entre sí (p. ej. tratados de libre comercio, tratados de protección recíproca de inversiones, tratados constitutivos del BM, FMI, OMC, entre otros), pero incluye también a reglas del intercambio económico privado (contratación comercial internacional, *lex mercatoria*) en la medida en que éstas influyen en el sistema económico global.³¹¹

En realidad, como explica Herdegen, el DEI está formado por una red de normas que provienen de diversas fuentes y que se relacionan con el amplio espectro de las actividades económicas de los estados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas, que regulan el intercambio económico internacional:

³¹⁰ Ortino, Federico y Ortino Matteo, "Law of the Global Economy: In Need of a New Methodological Approach?", en Picker, Colin et al. (eds.), *International Economic Law, The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing Oxford y Portland, Oregon, 2008, p. 89.

³¹¹ Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 2a edición, Colombia, 1998, p. 25.

“Este desarrollo promueve un entrelazamiento científico-jurídico de los sistemas jurídicos aislados que regulan el establecimiento en el extranjero de las empresas, el comercio internacional de bienes y servicios, la migración de fuerzas laborales y la circulación internacional de capitales. De ahí se deduce una visión jurídica global del orden económico internacional: el derecho internacional económico.”³¹²

Por ello es que el DEI está ligado a las reglas de las relaciones económicas internacionales, en un entramado de las normas del derecho internacional y nacional en donde la división en parcelas “nacional”, “internacional”, “público”, “privado”, “civil”, “administrativo” “mercantil” tiende a pasar a un segundo plano (lo cual va en contra, cabe observar, de las nociones tradicionales del derecho moderno, que sintetiza y ordena la realidad jurídica, precisamente, con base en dichas “parcelas”).³¹³

En razón de lo anterior, Ortino y Ortino proponen una nueva perspectiva metodológica en el estudio del DEI: “...que cruce a través de los límites entre *sistemas jurídicos* (por ej., nacional, regional, internacional y trans-nacional) y entre *campos del derecho* tradicionales (por ej. derecho constitucional, comercial y procesal).”³¹⁴ Para estos autores, la aproximación metodológica del derecho internacional, basada en el viejo paradigma del Estado nación, carece de la necesaria extensión para verdaderamente lograr una comprensión amplia de la economía global. El derecho internacional fracasa en este aspecto porque está limitado por su enfoque en ‘sus’ fuentes del derecho, omitiendo otras reglas que pueden ser tan, o a veces más, relevantes para la regulación de la economía global.³¹⁵ A su vez, esto implica que el DEI, como sector de normas, abarca niveles normativos que van de los sistemas jurídicos nacionales, a los regionales, internacionales y transnacionales; y como disciplina, no puede prescindir de analizar y sistematizar, como su objeto de

³¹² *Ibid.*, p. 20.

³¹³ *Ibid.*, p. 22.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 89-90.

³¹⁵ Citan a Erler, quien ya decía que la definición de DEI no debía estar basada en el origen de las normas, sino en el objeto de las normas. Y todo ese grupo de normas relativas a las mismas actividades y hechos económicos sólo pueden ser entendidos en su mutua relación. Erler, G, *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts* (Verlag Otto Schwartz & Cp. 1956). pp. 9-19 y 38. Citado por Otrino y Otrino, *op. cit.*, pp. 89-90.

estudio, a normas de todos esos niveles, en la medida que sean relevantes para la regulación y funcionamiento de la economía global.³¹⁶

En una visión más amplia, puede decirse entonces que el DEI estudia las reglas jurídicas que afectan al sistema económico global. Analiza las reglas-cualquier regla- en relación con su impacto en el sistema económico global; esto es, las reglas-cualquier regla- que sean relevantes para la existencia y operación del sistema económico global, que es su objeto (y es lo que lo define, no sus fuentes del derecho). De esto se sigue que el DEI abarca una amplia área de reglas. Se empalma con varios campos jurídicos de investigación al lidiar con regulaciones que son también estudiadas por otros especialistas³¹⁷, incluidos-se entiende-los constitucionalistas. Es el “derecho de la economía global” en el que hay “derecho internacional de la economía” (reglas de derecho internacional que regulan las relaciones económicas internacionales, GATT, OMC, BM, FMI, tratados de libre comercio y de inversiones), pero también a normas que emanan de otros actores y fuentes, piénsese, por ejemplo en la llamada *lex mercatoria* que emana de acuerdos y costumbres de operadores mercantiles a nivel internacional; o en las normas de la Comisión de Basilea, que emanan de decisiones y acuerdos de los bancos centrales de los países más desarrollados.³¹⁸ Incluso, algunos autores se han referido a la existencia de ‘proveedores de derecho no territoriales’, como el FMI y la OMC.³¹⁹

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 95-96.

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ Mattei y Monti emplean el concepto de Sacco acerca de los “legal formants”, es decir, las partes o elementos formativos de un sistema jurídico, que pueden estar o no en armonía unos con otros, para desarrollar la idea de que éstos interactúan y de alguna forma *compiten* en la determinación final del derecho en las distintas sociedades. De esta forma, argumentan que la competencia, más que la jerarquía, es la idea que captura la relación entre distintas fuentes de autoridad jurídica. De esta idea surge la tesis que defienden estos dos autores: si el derecho puede ser entendido como el resultado de la competencia entre proveedores alternativos y heterogéneos de autoridad jurídica, el concepto de eficiencia económica puede ser usado para explicar el cambio jurídico: “Competition is at play either among different legal orders, or between different sources of the law within a given system; within a single legal system, legal formants compete for the solution of each legal problem, while in the international arena, there exist a competition between national legal regimes.”... “In both settings, the competition between suppliers of legal rules greatly affects legal change and the evolution of law. A recent study in comparative law and economics focusing on the controversial issue of European legal integration suggests, for example, that ‘competition between jurisdictions will generate a tendency for national legal principles to converge in those areas of law designed primarily to facilitate trade’, while in contrast ‘there is, in general, no reason to expect this phenomenon to

Aclarado lo anterior, en el presente capítulo abordaremos en primer lugar la discusión relativa a la medida en que las instituciones de la 'gobernanza global' económica financiera (BM, FMI) tienen o pueden llegar a tener un impacto sobre la evolución constitucional de México. Esta discusión se vincula con el fenómeno de generación y recepción de modelos jurídicos, doctrinales y normativos impulsados por organizaciones supranacionales u organismos de crédito internacionales. Se trata de un grupo heterogéneo de sujetos que proponen la adopción de reglas jurídicas en el marco de proyectos de "asistencia técnica" o "asistencia jurídica", iniciativas que pueden adoptar diferentes modalidades: ayuda de organismos de Estado; asistencia de organizaciones internacionales; ayuda de fundaciones y organizaciones privadas ; ayuda de centros universitarios. Además, como señala Ajan, en determinados sectores altamente "técnicos", la presencia de un único sujeto que propone modelos es una garantía de uniformidad. Y el hecho de que otorgue créditos y otras ayudas económicas es garantía de adopción del modelo propuesto.³²⁰

En segundo lugar, examinaremos la posible influencia que regímenes como el de la OMC o de los tratados de libre comercio y de protección recíproca de inversiones pueden tener sobre los sistemas constitucionales nacionales, en particular sobre el mexicano.

2. Las instituciones de la 'gobernanza global' financiera y su impacto Constitucional

Diversos autores han reflexionado sobre la influencia que instituciones financieras globales ejercen sobre los sistemas jurídicos nacionales. En el nivel más teórico y general, este enfoque se puede apreciar en trabajos como el de

apply to interventionists areas of law because national preferences regarding the level of protection are likely to differ' (Ogus, 1999)." Mattei, Ugo y Monti, Alberto, "Comparative Law and Economics", Società Italiana di Economia Pubblica, Università di Pavia, XV Conferenza, 3-4 ottobre, 2003, pp. 3-7.

³²⁰ Ajan, Gianmaria, "La Circulation de Modèles Juridiques dans le Droit Post-Socialiste", *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 4, Oct.-Dic., 1994, pp. 1088, 1094-1101 y 1103.

Pedro de Vega, quien nos habla del choque frontal que se está dando en la actualidad entre la *ideología del constitucionalismo* y la *ideología de la mundialización económica*.³²¹ En este sentido, de Vega analiza una serie de problemas del constitucionalismo presente, mismos que asocia a la mundialización económica, y que en esencia han llevado a la incapacidad de la constitución de controlar poderes reales y a la crisis del principio democrático.³²²

En la misma línea, Javier Ruipérez ha examinado lo que califica como “la crisis de los principios constitucionales en los modernos procesos de integración del neoliberalismo tecnocrático”. En esencia, sostiene que lo que en realidad hace la mundialización es eliminar los esquemas políticos y jurídicos nacidos de Westfalia y con ello negar todos y cada uno de los principios y valores del constitucionalismo moderno.³²³ Y en el mismo tono crítico, Pisarello ha sostenido que la globalización ha significado en realidad una apertura de las Constituciones a normas y disposiciones mercantiles más bien secretas, impuestas en beneficio de unos pocos poderes privados y públicos transnacionales, en ocasiones ilegales y extralegales.³²⁴

Por su parte, y en un nivel más concreto, Stephen Zamora ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el FMI, el 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

³²¹ Vega, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, p. 177.

³²² *Idem.*

³²³ Ruipérez, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la Globalización*, UNAM, México, 2005, pp. 173-174.

³²⁴ “De esta manera, los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global, no dirigido a controlar a los poderes, sino más bien a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a *Grundnorm* del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del derecho oficial, que debe coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Estos, merced a su poder económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho.” Pisarello, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del Cosmopolitanismo Jurídico”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, p. 247.

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 el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.³²⁵

También con un enfoque concreto y específico, puede encontrarse el estudio de Sergio López Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales; y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.³²⁶

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en

³²⁵ 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.

³²⁶ "Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste." López Ayllón, Sergio, *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 203-208.

algunos casos-afirman- implicó reformas constitucionales sustanciales, así como la entrada al esquema de la OMC.³²⁷

Finalmente, Flood ha sostenido que la integración económica y comercial necesita nivelar el entendimiento y la operación institucionales, y que la integración y reestructuración de la economía mundial reclama una reestructuración de los marcos normativos que se han venido usando, tanto a nivel macro como micro.³²⁸ Además, la globalización requiere interacciones cada vez más complejas, entre personas de diferentes países, y la conformación de un orden sólo es posible por la generación de confianza. Entre las élites-sostiene Flood- esto es posible a través de la membresía en un número relativamente pequeño de instituciones, como las escuelas de derecho y de negocios más importantes, y por las firmas de servicios profesionales.³²⁹

En las páginas que siguen examinaremos con más detalle la posible influencia que el BM y el FMI han ejercido sobre el sistema jurídico mexicano. Nuestro objetivo es identificar si tal influencia ha existido; si la influencia ha alcanzado el nivel constitucional, y la medida o intensidad con que esto ha ocurrido.

A. El Banco Mundial

El Banco Mundial (BM) es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en 1944 como parte del llamado sistema de Bretton Woods,

³²⁷ Reportan Fix-Fierro y 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 por ciento 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.

³²⁸ A nivel macro-económico, por ejemplo, las instituciones que regulan temas como bancos, inversión extranjera. Y a nivel micro, organizaciones que dan entrenamiento sobre prácticas contables, entre otros temas. Flood, John, "Legal Education, Globalization and The New Imperialism", en Cownie, Fiona, *The Law School-Global Issues, Local Questions*, Ashgate Publishing Co., Reino Unido, pp. 135-139.

³²⁹ Las escuelas de derecho de élite son instituciones clave para alimentar de candidatos a las firmas de abogados más importantes, a ONGs internacionales y a las grandes corporaciones, *Ibid.*, p. 144.

cuyo objetivo original fue apoyar financieramente la reconstrucción de Europa al término de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, a lo largo de los años los fines del BM han ido cambiando, hasta llegar al objetivo declarado actualmente, consistente en reducir la pobreza en los países en desarrollo “suministrando recursos, entregando conocimientos, creando capacidad y forjando asociaciones en los sectores público y privado.”³³⁰

Ahora bien, a partir de los años noventa, es posible encontrar en el discurso del BM, una preocupación e interés por promover en los países en desarrollo la llamada ‘buena gobernanza’. No es este el lugar para hacer un examen exhaustivo de este concepto.³³¹ Baste decir que el surgimiento del mismo está vinculado al cambio de visión de parte del BM en relación con el papel del Estado en el proceso de desarrollo; cambio de visión que pasó de considerar al Estado como problema, a visualizarlo como parte de la solución.³³² Como indica Theobald, en el marco de una revisión de su estrategia de impulso al desarrollo, y ante las limitaciones y magros resultados de la estrategia seguida hasta inicio de los noventa, el BM comenzó a interesarse en sus diagnósticos y programas por las instituciones y estructuras del Estado, los procesos de toma de decisiones, las capacidades para la implementación de políticas públicas, así como las relaciones entre el gobierno (o la administración) y la sociedad. La idea básica era que las instituciones públicas tienen una función indispensable y constructiva en la creación de un ambiente económicamente ventajoso y en el establecimiento de un adecuado sistema de distribución de bienes y beneficios.³³³

Es a partir de esos años que empieza a hablarse de “governance” en el BM, o para ser más exactos, de la necesidad de impulsar la “good governance” en los

³³⁰ Ver la página web del BM: <http://web.worldbank.org>.

³³¹ Para ello se puede consultar mi libro: Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, UNAM, México, 2010.

³³² Fernández Víctor, Güemes, Ma. Cecilia y Vigil, José Ignacio, “Estado y Desarrollo en los Discursos del Banco Mundial”, *Problemas del Desarrollo*, no. 144, 2006, pp. 36-43.

³³³ Theobald, Christian, “The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics”, *Law and State*, Volume 59/60, 1999, p. 24.

países menos desarrollados, como precondition para generar desarrollo.³³⁴ En este contexto, lo esencial era crear verdaderos sistemas regidos por el “rule of law” para así crear la estabilidad y seguridad que los actores económicos necesitan para evaluar oportunidades y riesgos en sus transacciones e inversiones. Como señala Perry, fue así como el BM identificó cinco funciones que los sistemas jurídicos debían desempeñar para apoyar el “rule of law”: 1. proveer un conjunto de reglas conocidas de antemano; 2. tener reglas que sean efectivamente implementadas, y no que sólo estén “en los libros”; 3. asegurar que las reglas sean aplicadas consistentemente a todos (incluyendo a los servidores públicos); 4. proveer un mecanismo efectivo e independiente para la resolución de disputas; y proteger al poder judicial de intervenciones de las otras ramas de gobierno; 5. asegurar la existencia de reglas claras sobre la modificación de las reglas, para prevenir la introducción o eliminación arbitraria de reglas, como condición para dar préstamos a los países. Desde esta época también, los programas de asistencia técnica del BM comenzaron a apoyar con créditos procesos de reforma legal en un buen número de países.³³⁵

En un documento oficial de la vicepresidencia jurídica del BM, se puede observar cómo la década de los noventa significó un incremento en el énfasis del Banco y sus socios de la comunidad del desarrollo, en el tema de reforma jurídica y judicial.³³⁶ En dicho documento, se señala que ese énfasis se dio por haberse hecho consciencia de que para lograr un desarrollo sustentable, el proceso respectivo debía ser comprehensivo y que la reforma jurídica y judicial eran parte crítica de ese proceso. De hecho- afirma el documento- la reforma jurídica y judicial se veía como uno de los pilares más importantes del

³³⁴ En un documento oficial del Banco Mundial que data de los noventa, se identifican tres aspectos de gobernanza: la forma del régimen político; los procesos por los que los países ejercen la autoridad en el manejo de los recursos económicos y sociales para el desarrollo, y la capacidad de los gobiernos para diseñar, formular e implementar políticas y desempeñar funciones. Shihata, I.F.I., *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*, The World Bank, Washington D.C., 1991, p. 85.

³³⁵ Perry señala que las organizaciones económicas internacionales están dirigiendo de manera creciente su atención a las relaciones entre derecho y desarrollo económico. Observa que el Banco Mundial en su Informe Económico Mundial de 1997, señala que el establecimiento del Estado de Derecho es una de las cinco ‘tareas fundamentales’ que los gobiernos deben desempeñar para lograr el desarrollo. Perry, Amanda, “International Economic Organizations and the Modern Law and Development movement”, en Seidman, Ann et al (eds.), *Making Development Work*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 19- 22.

³³⁶ World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2004.

Comprehensive Development Framework propuesto en su momento por el presidente del BM, James D. Wolfenson. Al BM le quedaba claro entonces que el desarrollo requería regímenes regulatorios rigurosos, derechos de propiedad claros y marcos institucionales adecuados.³³⁷ Asimismo, el documento alude a los aproximadamente 600 proyectos de reforma jurídica y judicial financiados por el BM en aquellos años, así como los instrumentos financieros empleados para apoyar dichas reformas, los cuales son básicamente dos: el *Learning and Innovation Loan* (LIL) y el *Adaptable Program Lending Loan* (APL).

El primero proporciona apoyo para programas de corta duración referidos a crear capacidad, programas piloto para impulsar el desarrollo o para el desarrollo de modelos con base local, previos a intervenciones de larga escala;³³⁸ el segundo provee apoyo en fases, para la implementación de programas de desarrollo de largo plazo que reflejan prioridades económicas y contribuyen a la reducción de la pobreza.³³⁹

Señala el documento que desde 1986 la vice presidencia jurídica del BM ha trabajado en dar asistencia jurídica a 85 países en más de 50 temas que incluyen: reforma judicial, administración de tribunales, educación jurídica, lucha contra la corrupción, derecho bancario y financiero, trabajo de menores, derecho civil, derecho de los negocios, derecho de los contratos, derecho aduanero, derecho energético y minero, derecho ambiental, derecho de la inversión extranjera, derecho forestal, derechos humanos, derecho de los pueblos indígenas, propiedad intelectual, derecho internacional, derecho laboral, derecho agrario, derecho de los recursos naturales, derecho notarial, sistemas de pensiones, derecho de propiedad, privatización compras gubernamentales, derecho de la salud, regulación económica, legislación sobre vías de comunicación, impuestos, telecomunicaciones derecho comercial, regulación de servicios públicos, derecho del agua, entre otros.³⁴⁰

³³⁷ *Ibid.*, pp. 1-2.

³³⁸ Un ejemplo es el LIL empleado para el Proyecto de Desarrollo Tribunal Modelo Argentino (Argentina Model Court Development Project). *Ibid.*, p. 7.

³³⁹ Un ejemplo de APL es el Proyecto de Reforma Judicial de Guatemala (Guatemala Judicial Reform Project). *Idem.*

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 9

A partir del referido documento, se puede observar que el BM asume entre sus responsabilidades y tareas principales, las de crear y diseminar conocimiento global sobre reforma jurídica y judicial, promoviendo Conferencias Globales sobre distintos temas y a través de sus programas de asistencia técnica. Así, con años de experiencia en estos programas de reforma jurídica y judicial, en el documento también se identifican lecciones para el futuro:

- La reforma jurídica y judicial es un proceso de largo plazo
- La reforma jurídica y judicial debe surgir desde dentro del país y responder a sus necesidades específicas
- La reforma jurídica y judicial requiere del compromiso del gobierno
- Los proyectos de reforma jurídica y judicial deben ser conducidos por medio de una perspectiva participativa
- La importación en bloque de sistemas jurídicos puede no ser apropiada
- La coherencia de la reforma jurídica requiere una aproximación comprensiva que asegure que el sistema jurídico modernizado no sufra de inconsistencias internas
- El crecimiento económico genera demanda por un marco jurídico consistente y de instrumentos jurídicos confiables
- Los proyectos de reforma jurídica y judicial son difíciles de evaluar, particularmente en el corto plazo
- La coordinación entre todas las instituciones de desarrollo interesadas, es vital
- El trabajo conjunto, con el sector privado, con la academia, con ONGs, para compartir conocimiento y experiencia, puede impulsar los procesos de reforma jurídica y judicial.³⁴¹

Por otro lado, y como señalan Seidman *et al*, el BM ha argumentado que mejorar la legislación, los sistemas jurídicos y el Estado de Derecho comprende elementos esenciales de cualquier país para alcanzar la “buena gobernanza”.³⁴² Estos autores identifican áreas de acuerdo y de desacuerdo

³⁴¹ *Ibid.*, p. 14.

³⁴² Seidman, Ann, Seidman, Robert y Wälde, Thomas, “Building Sound National Legal Frameworks for Development and Social Change, en Seidman, Ann *et al.*, Making

entre los diversos analistas que han estudiado procesos de asistencia jurídica. Así, entre las premisas que según estos autores han generado acuerdo se encuentran las siguientes:

- a. el derecho puede contribuir a lograr cambios sociales y económicos;
- b. como un propósito primario, la reforma jurídica hoy día debe tener por objetivo impulsar la expansión de la economía de mercado;
- c. quienes producen o generan el derecho deben vincularlo a las circunstancias locales; y
- d. las leyes que pueden afectar a las empresas extranjeras deben ajustarse a los estándares internacionales.

Por otro lado, entre las premisas que los referidos autores consideran como generadores de desacuerdo se encuentran:

- a. la forma en que los gobiernos pueden usar el derecho y experiencias extranjeras en sus proyectos de reforma jurídica, y el papel de las distintas clases sociales (y formación de clases) en el proceso;
- b. el tema de si una teoría de la legislación podría ayudar a guiar el proceso, e incluso si tal teoría es posible;
- c. la metodología que tal teoría debería incorporar; y
- d. el tipo de entrenamiento, y el tipo de servidor público, que un país necesita para fortalecer su capacidad de construir un marco jurídico nacional adecuado.³⁴³

Por su parte, en una reflexión sobre la asistencia técnica a países en desarrollo, Julio Faundez explica cómo desde los ochenta se comenzó a dar

Development Work, *Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, p. 1.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 3-5.

una ola de reformas jurídicas en muchos países, en un principio vinculado a la ola democratizadora, y a la reestructuración de las reglas del juego político que implicó nuevas constituciones o cambios a los viejos textos constitucionales; y posteriormente, a una amplia redefinición de las reglas que gobiernan la política económica, lo que llevó a incorporar el “Consenso de Washington” en el marco jurídico: liberalización, desregulación y privatización. En esta segunda etapa, la reforma jurídica se enfocó primeramente a los vínculos entre las economías nacionales y los mercados mundiales, pero luego se dirigió a establecer marcos de regulación de las transacciones privadas, que redujeran la intervención del Estado en los mercados:

“La dramática transformación del estado ha generado su propia inercia haciendo a los gobiernos nacionales y las organizaciones internacionales conscientes de la necesidad de extender el proceso de reforma a otras áreas de regulación jurídica. Así, hoy día la agenda de la reforma se ha expandido para incluir áreas tales como reforma judicial, descentralización, estándares laborales, igualdad de oportunidades, igualdad de género, sistemas de tenencia de la tierra, derecho penal y protección del medio ambiente.”³⁴⁴

Esta misma idea se puede percibir en diversos trabajos producidos en el círculo del BM. Tal es el caso del ensayo de Bryant G. Garath (en su momento director de la *American Bar Foundation*) quien realiza un examen crítico y propositivo acerca del papel del BM en la exportación de “modelos de derecho”.³⁴⁵ El autor concluye que necesitan ser más modestos al definir sus prescripciones ya que ha habido errores en el diagnóstico y en la cura. Por otro lado, propone que las evaluaciones de los resultados de las “inversiones jurídicas” (*legal investments*) deben ser ampliados, procurando una mejor comprensión del contexto local y el impacto de las recomendaciones. Asimismo, sugiere estar conscientes de

³⁴⁴ Faundez, Julio, “Legal Reform in Developing and Transition Countries”, en en Van Puymbroeck, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, The World Bank, Washington, D.C., 2000, p. 372.

³⁴⁵ Garath, Bryant G., “Rethinking the Process and Criteria for Success” en Van Puymbroeck, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, The World Bank, Washington, D.C., 2000, pp. 11 y ss. Este trabajo es producto de una Conferencia Global, llevada a cabo en Washington en Junio 5-7, 2000, patrocinada por el Banco Mundial, en la que también participaron el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Banco Inter-Americano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el PNUD.

que el derecho de los EUA no puede considerarse como el único modelo posible para ser “exportado”, sino que puede haber modelos alternativos, lo cual no implica necesariamente que el modelo de los EUA deba desecharse de plano; por otro lado, sostiene que puede haber otros espacios fuera del que ha venido concentrando los esfuerzos de reforma legal apoyados por instituciones financieras internacionales (tribunales y la academia jurídica tradicional), en los que actores locales pueden invertir para contribuir a la ‘autonomía del derecho y en la importancia del *expertise* jurídico como lenguaje de gobernanza’; considera necesario invertir más en la reforma de la educación jurídica y en el papel de la academia en el monitoreo de la labor de los tribunales y, finalmente, sugiere atender preocupaciones por la legitimidad de los modelos importados.³⁴⁶

Con todo lo anterior, queda claro entonces que una de las principales instituciones de la llamada ‘gobernanza global’ como lo es el BM, está activamente involucrada en la generación de modelos para la reforma jurídica en los países en desarrollo. Como claro resulta también la potencial influencia que el Banco puede llegar a tener en las instituciones nacionales, a través de su poder de prestar (o no prestar), recursos financieros a los diversos países que los necesitan. Un punto relevante para la presente investigación es si esa influencia se ejerce en relación con las constituciones de los estados que reciben asistencia técnica y financiera, y en qué medida, específicamente en el caso de México. Y, si ese es el caso, las implicaciones que esto tiene en el constitucionalismo actual (en lo teórico y en lo práctico). A ello nos referiremos más adelante.

Por el momento, baste decir que a partir de datos disponibles en la página del BM (www.worldbank.org), se puede apreciar que en los últimos 20 años México ha recibido recursos financieros de la referida institución cuyo monto asciende a más de 40 billones de dólares. Dichos recursos se han empleado en proyectos relativos a los más diversos temas, que van desde el impulso a la educación media y fortalecimiento del transporte público, hasta la consolidación

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 24-26.

del llamado “seguro popular” y el impulso a la reforma del sistema de seguridad social del país.³⁴⁷ La pregunta sería: ¿ha habido asistencia técnica y préstamos del BM que hayan tenido como objetivo la reforma de la Constitución mexicana?

B. El Fondo Monetario Internacional

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI), es un organismo internacional también creado en el esquema de Bretton Woods en 1945, cuyo propósito principal y declarado ha consistido en asegurar la estabilidad del sistema monetario internacional, y con ello del sistema de pagos internacionales y tipos de cambio.

Para mantener la estabilidad y prevenir crisis en el sistema monetario internacional, el FMI supervisa a las economías nacionales, regionales y mundial; y asesora a los 186 países miembros, alentándolos a adoptar políticas que promuevan la estabilidad económica, reduzcan la vulnerabilidad a crisis económicas y financieras y mejoren los niveles de vida.³⁴⁸

Por otra parte, el FMI ofrece a los países miembros dos tipos de asistencia: financiera y técnica. En cuanto a la primera, el FMI otorga financiamiento con el fin de dar a los países miembros margen de maniobra para corregir sus problemas de balanza de pagos. Para ello, el FMI y las autoridades nacionales colaboran a efecto de formular programas de políticas respaldados con

³⁴⁷ Según Laurell, el giro dado en México a la política social en el tema de salud pública está vinculado a la condición establecida por el Banco Mundial para que el gobierno mexicano pudiera tener acceso a un préstamo por 700 millones de dólares, en 1998. Laurell cita como un documento referencial, el trabajo titulado *Mexico: Health System Reform* (World Bank, 1998). Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS”, *Salud Problema*, Nueva Epoca, año. 3, no. 4, junio 1998, pp. 58-59. Ver también su trabajo titulado “Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, no. 2, 2000, pp. 306 y ss.

³⁴⁸ Ver el sitio web del FMI: <http://www.imf.org>

financiamiento del FMI, en el entendido de que la continuidad del financiamiento está sujeta a la implementación eficaz de ese programa.³⁴⁹

En cuanto a la asistencia técnica, el FMI colabora con los países miembros a través de ayuda para fortalecer las capacidades de concepción y ejecución de políticas eficaces. Dicha asistencia técnica abarca ámbitos tales como política y administración tributaria, administración del gasto, políticas monetarias y cambiarias, supervisión y regulación de sistemas bancarios y financieros, marcos legislativos y estadísticas.³⁵⁰

De esta manera, cuando un estado desea apoyo para resolver un problema de balanza de pagos, debe expresar su petición al FMI, seguido lo cual el Fondo envía una misión. Dicha misión, en cooperación con las autoridades monetarias del Estado, definen una serie de medidas de ajuste que son incluidas en una carta de intención. A su vez, esta carta de intención es una declaración de objetivos y de políticas públicas del estado solicitante del apoyo, a través de la cual pide al FMI aprobar un '*stand-by arrangement*' en favor del propio estado.³⁵¹

El '*stand-by arrangement*' tiene como consecuencia el otorgamiento del permiso para que proceda la adquisición de divisas; no obstante, la carta de intención no conlleva ninguna obligación, ni es un contrato; ni es un acto unilateral de voluntad que de origen a obligaciones jurídicas. La carta solamente contiene objetivos de política pública, que en principio se puede cambiar sin consultar al Fondo, y su contenido es responsabilidad de las autoridades nacionales. No obstante, el no cumplimiento con los objetivos señalados en la carta, conlleva la imposibilidad de ser receptor del apoyo financiero del Fondo para resolver el problema de balanza de pagos.³⁵²

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ Denters, Erik, *Law and Policy of IMF Conditionality*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, p. 99.

³⁵² *Ibid.*, pp. 99-100.

El contenido de la carta de intención es formulado en consulta cercana con la misión del FMI. En ese sentido, afirma Denters puede decirse que la carta de intención constituye un acuerdo en el sentido material, en la medida en que el texto es resultado de negociaciones.³⁵³

Los '*stand-by arrangements*' contienen una serie de criterios que los estados solicitantes de apoyo del FMI deben cumplir para poder adquirir divisas. Si no se cumple con esos criterios, no se tiene acceso a las divisas. Asimismo, dichos criterios pueden ser de dos tipos. Los primeros, son criterios derivados de los Estatutos del FMI o de regulaciones de su Consejo Ejecutivo, tales como: a. prohibición de imponer o intensificar restricciones a los pagos por transacciones vigentes; b. prohibición de introducir o modificar prácticas de tipo de cambio múltiples; c. prohibición de acuerdos de pago bilaterales que contravengan el Art. VIII; d. prohibición de la imposición o intensificación de restricciones a las importaciones por problemas de balanza de pagos.³⁵⁴

Una segunda categoría de criterios son los "entendimientos de políticas", que también se incluyen en la carta de intención. Como explica Denters, a pesar de que el país solicitante es responsable de la sustancia de los entendimientos de política, la misión del FMI juega un papel importante en su formulación:

"En un sentido formal, la carta de intención es un documento remitido por una parte; en un sentido material, la carta es el resultado de un acuerdo entre la misión del FMI y el estado miembro. Los entendimientos de políticas que, a juicio de la misión del Fondo, no tratan de manera adecuada con los problemas de balanza de pagos, ocasionará que el procedimiento se detenga, ya que solamente el Director, aconsejado por la misión, puede proponer la aprobación del procedimiento de *stand-by*."³⁵⁵

Por último, estos entendimientos de política, que forman el núcleo de los programas de ajuste del FMI, varían según el país y según la magnitud de los problemas de balanza de pagos. Sin embargo, generalmente incluyen medidas relativas a reformas fiscales y presupuestarias, incentivos a las inversiones,

³⁵³ *Ibid.*, p. 101.

³⁵⁴ *Idem*

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 106.

ajustes de precios, de intereses y salarios, así como reformas institucionales.³⁵⁶

357

Ahora bien, México ha firmado varias cartas de intención con el FMI. Entre 1975 y 1989, suscribió 5.³⁵⁸ El Dr. Sergio Berumen resume en los siguientes dos cuadros 2 cartas de intención dirigidas por México al FMI. En ellas se puede apreciar el alcance de los compromisos asumido por el gobierno mexicano, en cuanto a una amplia gama de áreas de política pública.³⁵⁹

| CONVENIO DE MÉXICO CON EL FMI: 1982 | |
|-------------------------------------|--|
| Políticas de Estabilización | Objetivos Globales |
| PIB | Se estima que no será mayor al 1% |
| Balanza de pagos | Reducir el déficit de la cuenta corriente de la balanza de pagos que será de 5,8 mdd. |
| Inflación | Disminuirá al 80% |
| Política fiscal | Saneamiento de las finanzas públicas. |
| Deuda | En 1983 no excederá a los 5,000 mdd y bajará la relación deuda/PIB. |
| Gasto público | Disminuir el gasto. La relación déficit/PIB bajará a 8,5%, 5,5% y a 3,5% en 1983, 1984 y 1985 respectivamente. |
| Impuestos | Buscará abatir la evasión y ampliar la cobertura |
| Ingresos | Revisar los impuestos que han quedado rezagados ante la creciente inflación. |
| Política monetaria - financiera | Buscará mantener la actividad productiva, para ello se tomarán las medidas necesarias. |

³⁵⁶ *Idem.*

³⁵⁷ Para una discusión sobre de la problemática vinculada a los programas de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional, en el marco de la condicionalidad, ver Boughton, James M., "Who's in charge? Ownership and conditionality in IMF-supported programs", en Ranis, Gustav et al., *Globalization and the Nation State, The impact of the IMF and the World Bank*, Routledge, London & New York, 2006, pp. 25-33.

³⁵⁸ En 1976, 1982, 1985, 1986 y 1989. Díaz, Luis Miguel, "La Intervención Económica como Norma Jurídica: las Cartas de Intención", en IIJ, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Aspectos de la Deuda Externa*, Año V, no. 13, enero-abril 1990, p. 61.

³⁵⁹ Berumen, Sergio, "Los sexenios económicos en México y su inmersión en la globalización", *Proyecciones*, año 1, no. 7, ago-sept 2000, (Publicación electrónica de la División de Administración y Ciencias Sociales de la Rectoría Sur, ITESM), disponible en http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/n7/investigacion/in_sberumen.html

| | |
|--------------------|--|
| Tasa de interés | Se ajustará a los objetivos de la política monetaria financiera. |
| Mercado de valores | Se estimulará para fomentar fuentes alternativas de intermediación financiera. |
| Política cambiaria | Será flexible para mantener la competitividad, reducir importaciones y la fuga de capitales. Se mantendrá el tipo de cambio dual durante la ejecución del programa. |
| Política salarial | Estará en función de los objetivos de empleo y de la productividad. Se buscará la protección de los niveles de vida de la clase obrera y su participación en el crecimiento del ingreso. |
| Política comercial | Se racionalizará el sistema de protección, incluyendo la estructura arancelaria, los incentivos a la exportación y el requisito de permiso previo para importar. |

| CARTA DE INTENCIÓN DE 1986 | |
|---------------------------------|--|
| Políticas de estabilización | Objetivos |
| PIB | Fortalecer las perspectivas de crecimiento a largo plazo. |
| Inflación | Moderar la inflación. |
| Política fiscal | Fortalecimiento de las finanzas públicas para moderar la inflación y aumentar la canalización de recursos al sector privado. |
| Déficit fiscal | El esfuerzo fiscal medido por el saldo primario será de 3% del PIB. |
| Deuda | Su reestructuración permite el intercambio por parte de los acreedores de deuda del sector público por acciones de compañías del sector privado así como 12,000 mdd para cubrir las necesidades de financiamiento para 1986 – 1987. |
| Gasto público | Promoverá una mayor eficiencia en la asignación de recursos. Se usará el concepto del déficit operacional. |
| Ingresos | Se espera que en los próximos 18 meses se incrementen los ingresos del Estado en 1,2% del PIB respecto de 1982. |
| Política monetaria | Será acorde con la reducción de la inflación, con la meta de la balanza de pagos y apoyará la capacidad productiva. |
| Tasa de interés | Se mantendrá una política flexible de tasa de interés. |
| Política cambiaria | Será flexible para proteger la posición competitiva externa de México, fortalecer la posición de las reservas internacionales y facilitar la liberación de la política comercial. Se mantendrá el objetivo de alcanzar la unificación de dicho mercado en el futuro. |
| Política salarial | Buscará proteger el poder adquisitivo de los grupos de bajos ingresos. |
| Políticas de ajuste estructural | El gobierno iniciará una reforma estructural del sistema tributario, cuyo aspecto más importante será la corrección de la base gravable del impuesto global de las empresas. Se mantendrá una política selectiva para promover la inversión extranjera directa. |
| Política comercial | Se mantendrá el proceso de liberación reduciendo los sesgos en contra del crecimiento de las exportaciones, promoviendo una mejor |

| | |
|---------------|--|
| | asignación de recursos. Se logrará en octubre de 1988 una estructura arancelaria con tasas en el rango de 0 a 30% con no más de cinco niveles arancelarios. Continuará en los próximos 30 meses la sustitución de los permisos de importación por aranceles. Se diversificarán las exportaciones petroleras. |
| Privatización | Continuará la desincorporación vía venta, fusión o liquidación de empresas no prioritarias y no estratégicas. |

Dejaremos para más adelante la reflexión sobre la influencia que estos compromisos, incorporados en las cartas de intención, pueden haber tenido sobre el sistema jurídico mexicano y en particular sobre la Constitución mexicana. Por ahora, nos interesa destacar que en el marco de la llamada gobernanza global, ciertas agencias internacionales de carácter intergubernamental tienen un impacto relevante en los sistemas jurídicos de los Estados nacionales. Como hemos visto, instituciones como el BM y el FMI emiten recomendaciones, difunden ciertos modelos de políticas públicas o ‘modelos de derecho’ (bajo la idea de “buen gobierno”, “buenas prácticas gubernamentales”), mismos que son recibidos por los Estados después de procesos de negociación en los que dichas agencias tienen un gran poder, debido a los apuros financieros de los Estados y al instrumento de la ‘condicionalidad’ con que aquéllas cuentan.

Se trata de un proceso poco formalizado, que se da a través de discretas reuniones de los oficiales de dichas agencias y los oficiales de alto rango de los ministerios de finanzas o hacienda de los países que requieren los fondos financieros. A su vez, los compromisos requieren de complejos procesos de implementación, los cuales dependen de las características del proceso político de cada país, así como del diseño institucional que le sirve de cauce y marco.

Lo anterior nos obliga a recordar la teoría de los “modelos mundiales” desarrollada por John Meyer *et al.*, cuya hipótesis central es la siguiente: muchas características del estado-nación contemporáneo derivan de modelos mundiales construidos y propagados a través de procesos culturales y de asociación de carácter global.³⁶⁰ Estos modelos y los propósitos que reflejan

³⁶⁰ Meyer, John, *et al.*, “World Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No. 1, July 1997, pp. 144-145.

(p.e., igualdad, progreso socioeconómico, desarrollo humano) están altamente racionalizados, articulados, y con frecuencia están sorprendentemente consensuados,³⁶¹ son de alcance mundial y definen y legitiman agendas para la acción local, dando forma a estructuras y políticas de los estados-nación y de otros actores nacionales y locales en prácticamente todos los dominios de la vida social racionalizada- negocios, política, educación, medicina, ciencia, e incluso familia y religión.³⁶² Asimismo, Meyer y sus colegas proponen que la institucionalización de los modelos mundiales ayuda a explicar muchas características extrañas de las sociedades nacionales contemporáneas, tales como el isomorfismo estructural en un contexto de enormes diferencias en recursos y tradiciones,³⁶³ los esfuerzos ritualizados y vagamente relacionados esfuerzos organizacionales, y la elaborada estructuración al servicio de propósitos que en gran medida tienen orígenes exógenos. Los modelos mundiales-sostienen-han estado en operación por largo tiempo y han dado forma a estados y sociedades, pero han adquirido especial importancia en la era de la posguerra debido a que el desarrollo cultural y organizacional de la sociedad mundial se ha intensificado a un ritmo sin precedentes.³⁶⁴

Sin embargo, para Meyer los estados están caracterizados por un considerable, y a veces extraordinario, desfase entre propósitos y estructura, intenciones y resultados. Además, el desfase es endémico porque los estados-nación son moldeados en base a una cultura externa que no puede simplemente importarse por entero como un sistema en pleno funcionamiento. Es decir, para este autor, la lógica de copiar identidades externamente

³⁶¹ También hay *modelos de problemas sociales*, definidos como el fracaso para realizar dichos propósitos. *Ibid.*, p. 151.

³⁶² Los modelos se basan en pretensiones de aplicabilidad universal en el mundo (ie, modelos de desarrollo económico, de política fiscal, de atención médica, etc.) La autoridad de esos modelos generales, sin ser obligatoria, es difícil de resistir por modelos alternativos, particularistas o locales, en razón de su alto nivel de desarrollo y articulación, así como por sus elaboradas justificaciones racionalizadas. Se les ve como las correctas y modernas formas de organización y acción. *Ibid.*, pp. 148-149.

³⁶³ La diversidad de recursos económicos, características sociales, configuración de fuerzas sociales, relaciones de poder, y orígenes culturales que existen en los diversos países, harían anticipar una gran diversidad en cuanto a las unidades políticas existentes en el mundo. Sin embargo, de hecho hay gran similitud entre ellas. Los estados-nación parecen adoptar estándares y así aparecer como similares a cientos de otros estados. Esta circunstancia sólo se explica si hay fuerzas mundiales comunes en operación, que producen isomorfismo, por ejemplo en formas constitucionales relativas al poder estatal y derechos individuales. *Ibid.*, p. 152

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 145.

definidas promueve un desfase profundo. Muchas veces, los estados-nacionales (en particular los periféricos), realizan un buen número de reformas simbólicas, pero sin ningún impacto en la práctica real de las políticas públicas que se supone debían cambiar. Para Meyer, la dependencia del estado-nación respecto de modelos exógenos, combinado con el hecho de que esos modelos están organizados como principios culturales y visiones que no están fuertemente anclados en las circunstancias locales, genera la estructuración expansiva al nivel del estado-nación y al nivel organizacional. Así, la estructuración del estado-nación excede grandemente cualquier requerimiento funcional de la sociedad, especialmente en los países periféricos. Se crean así gran cantidad de estructuras que funcionalmente hablando son bastante irracionales.³⁶⁵

En cuanto a los procesos a través de los cuales la sociedad mundial impacta a los estados-nación, produciendo isomorfismo, Meyer argumenta que hay toda una estructura social que organiza, conduce y difunde los modelos culturales mundiales. Así, señala este autor que en la cultura mundial casi todo aspecto de la vida social es discutido, racionalizado y organizado, incluyendo reglas sobre producción económica, y consumo, estructura política, educación, ciencia, técnica, medicina, etc. Y en cada área, hay una gama más o menos estrecha de formas defendibles legítimamente. De esta forma es como se generan concepciones globales, como principios generales aplicables donde sea.³⁶⁶

³⁶⁵ "World culture contains a good many variants of the dominant models, which leads to the eclectic adoption of conflicting principles. Diffusion processes work at several levels and through a variety of linkages, yielding incoherence. Some external elements are easier to copy than others, and many external elements are inconsistent with local practices, requirements, and cost structures. Even more problematic, world cultural models are highly idealized and internally inconsistent, making them in principle impossible to actualize." *Ibid.*, p. 154.

³⁶⁶ Para explicar cómo es que dicha estructura social genera y 'difunde' los modelos, Meyer observa que existe, para empezar, un marco organizacional cuya existencia ha intensificado el desarrollo y el impacto de la estructuración global sociocultural, desde el fin de la segunda guerra mundial, conformado por instituciones como : ONU, NATO, FMI, BM, WTO, entre muchas otras. Este marco de organización y legitimación global ha facilitado la creación y conjunción de componentes expansivos de una sociedad mundial activa e influyente. En estos foros, una amplia gama de dominios sociales ha sido elegida para la discusión ideológica y la organización global, y en ellos se genera, en proceso dinámicos e interactivos en los que participan lo propios estados y otros agentes no estatales (empresas, ONGs, intelectuales, expertos, científicos), modelos que después se difunden a lo largo y ancho del orbe. Por otro lado, observa Meyer la existencia de cientos de entidades intergubernamentales que cubren una amplia gama de actividad racionalizada (ciencia, medicina, derechos humanos, educación,

La referencia a esta teoría es útil para el desarrollo de una perspectiva crítica, pues ayuda a interpretar algunos aspectos de la problemática latinoamericana derivada de la adopción “modelos mundiales”, bajo los cuales los países de la región implementan determinadas medidas y políticas públicas. El riesgo de desfase señalado por Meyer significa que en algunas ocasiones éstas medidas y políticas pueden no producir los efectos positivos deseados, o pueden generar consecuencias no previstas, al ser aplicadas en contextos que no se corresponden con los presupuestos bajo los que fueron originalmente concebidas (y esto nos remite a las observaciones críticas a los modelos de “Nueva Gestión Pública” y de “gobernanza” en sentido prescriptivo, que hemos desarrollado en otro trabajo).³⁶⁷

Por ejemplo, la privatización de empresas públicas puede identificarse como parte de esos modelos de solución de problemas, generados y difundidos en una estructura social mundial en la que ciertos agentes juegan un papel fundamental, caracterizado por su capacidad para impulsarlos. Entre esos agentes, se encuentran instituciones como el BM y el FMI; o bien, la OCDE que, como se ha referido, promueven (prescriben) ciertas ideas acerca de lo que ha de considerarse como las ‘mejores prácticas’ o el ‘buen gobierno’ en la resolución de una diversidad de problemas que enfrentan los países.³⁶⁸ Los estados, por su parte, adoptan, modifican o resisten dichos modelos

etc), y miles de ONGs que tienen incluso intereses y preocupaciones más amplias, organizando casi todo aspecto imaginable de la vida social a nivel mundial. Todos promueven modelos de racionalización de áreas de actividad humana, desde derechos humanos hasta desarrollo económico y protección de medio ambiente; y apoyan sus modelos con datos, organización, propuestas de políticas públicas, y programas de entrenamiento. Asimismo, los científicos y profesionales se han convertido en participantes prestigiados y centrales de la sociedad mundial. Su autoridad deriva no de su fuerza como actores sino de su autoridad para asimilar y desarrollar conocimiento racionalizado y universal que hace la acción y la calidad de actor posibles. Esta autoridad está excepcionalmente bien organizada en organizaciones internacionales, generalmente no gubernamentales. Esas organizaciones generalmente se dedican a campos de conocimiento específicos y su diseminación, pero su último propósito incluye el amplio desarrollo de las sociedades. *Ibid.*, pp. 162-164.

³⁶⁷ Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, UNAM, México, 2010.

³⁶⁸ Omar Guerrero explica que muchos programas de privatización en los países subdesarrollados tuvieron su origen en el *Informe Berg*, documento preparado para el Banco Mundial por Elliot Berg en 1980. Además, refiere Guerrero que dicho informe se elaboró con base en el análisis de varios países africanos subsaharianos, aunque sus conclusiones después se generalizaron como propuestas aplicables a otros países. Guerrero, Omar, *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*, UAEM y Miguel Ángel Porrúa, México, 1999, pp. 20-21.

dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.³⁶⁹ Algunos países han adoptado, por ejemplo Chile en la época de Pinochet, el ‘paquete completo’ del modelo promovido por el llamado Consenso de Washington. En cambio, otros países, entre los que se encuentran algunos del este asiático, han podido adoptar medidas distintas a las del referido modelo cuando lo han considerado pertinente para el interés nacional, con resultados al parecer positivos.³⁷⁰

3. La Constitución mexicana y su reforma en el contexto de la globalización económico-financiera

Sobre la base de lo discutido en las páginas anteriores, el tema que nos interesa discutir en este apartado, es el que se desprende de la siguiente pregunta: ¿existe alguna reforma a la Constitución mexicana de 1917, que pueda asociarse a la influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera referidas en el apartado anterior? Porque el involucramiento del BM en la asistencia técnica y financiera no está sujeto a ninguna duda. Por ejemplo, podemos mencionar el préstamo a México de 30 millones de dólares por parte del BM, fechado el 21 de noviembre de 2005, por el que se asiste a nuestro país en la implementación de un programa de

³⁶⁹ Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 165-166.

³⁷⁰ En su explicación de la reacción de algunos países ante las recomendaciones del llamado ‘Consenso de Washington, Stiglitz explica: “Las políticas del Consenso de Washington enfatizaron la privatización, pero los Gobiernos nacionales y locales ayudaron a crear empresas eficientes que desempeñaron un papel crucial en el éxito de varios países. Según el Consenso de Washington, las políticas industriales, mediante las cuales los Estados procuran bosquejar la futura dirección de la economía, son un error. Pero los Gobiernos del Este asiático las tomaron como una de sus principales responsabilidades. En particular, pensaron que si iban a cerrar la brecha de ingresos que los separaba de los países más desarrollados tendrían que cerrar la brecha del conocimiento y la tecnología, y para ello diseñaron políticas de educación e inversión. Las políticas del Consenso de Washington no atendieron a la desigualdad, pero los Gobiernos del Este asiático trabajaron activamente para reducir la pobreza y limitar el crecimiento de la desigualdad, porque creían que esas políticas eran importantes para preservar la cohesión social y que dicha cohesión social era necesaria para generar un clima favorable a la inversión y el crecimiento. En términos más generales, las políticas del Consenso de Washington apuntaban a un papel minimalista del Estado, mientras que en el Este asiático los Estados ayudaron a perfilar y dirigir los mercados.” Stiglitz, Joseph E., *El Malestar con la Globalización*, Taurus, México, 2006, p. 125. Por su parte, Evans sugiere la idea de que los éxitos del este asiático demuestran la posibilidad de una conexión positiva entre la alta estatalidad y el éxito en una economía globalizada. Evans, Meter, “¿El Eclipse del Estado? Reflexiones sobre la Estatalidad en la Época de la Globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, pp. 12-13.

modernización judicial, apoyando esfuerzos de diversas las entidades federativas mexicanas participantes en: (a) fortalecer las instituciones del sector de justicia y promover el cambio cultural y la compartición de conocimiento entre tales instituciones y con la sociedad civil; (b) desarrollar servicios judiciales eficientes y efectivos; (c) incrementar la transparencia judicial; (d) mejorar el acceso a la justicia de los pobres y los grupos en desventaja de los estados participantes; y (e) diseminar buenas prácticas y estrategias de “aprender-haciendo” dentro y entre los estados participantes, y promover el monitoreo eficiente y procedimientos de evaluación del proyecto.³⁷¹ En un desglose que el propio BM hace del proyecto de asistencia a México en el tema de modernización de la justicia, se identifican y valoran porcentualmente los siguientes componentes: reforma legislativa (17%); acceso a la justicia (17%); gestión del sector público (33%); mecanismos judiciales y de otro tipo de solución de diferencias (33%).³⁷² Asimismo, el proyecto incluyó la realización de estudios y evaluaciones institucionales de los poderes judiciales de los estados participantes; el desarrollo e implementación de sistemas y programas de acción para mejorar las capacidades institucionales de los poderes judiciales en áreas críticas; la promoción de un cambio cultural dentro de la judicatura; el mejoramiento de la eficiencia y eficacia de la justicia y el acceso a la misma; así como la generación de la infraestructura necesaria para lograr todo lo anterior.

Ahora bien, y en relación con la pregunta de si existe alguna reforma a la Constitución mexicana de 1917 que pueda asociarse a la influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera, como hipótesis de trabajo, y sólo como eso, las ‘candidatas’ podrían ser las reformas constitucionales de 1983,³⁷³ mismas que recayeron sobre el llamado ‘capítulo económico’ de la Constitución mexicana, y que se dieron en una coyuntura económica y política caracterizada por:

³⁷¹ El texto del convenio relativo al préstamo puede encontrarse en: <http://www.worldbank.org>.

³⁷² Ver <http://web.worldbank.org/external/projects/>

³⁷³ Publicadas en el DOF el 3 de febrero de 1983.

- a. Una de las crisis económica más severas de todo el siglo XX sufrida por México, acompañada de un debate político enconado sobre la responsabilidad del Estado en la generación de la crisis (quebranto de las finanzas públicas, enorme deuda externa, inflación elevada, y pérdida del crecimiento).
- b. Confrontación del gobierno con el sector privado por la nacionalización bancaria en septiembre de 1982.
- c. Situación internacional particularmente desfavorable (baja en precios del petróleo).
- d. Cambio de gobierno.

Sin embargo, el examen detallado del proceso de reforma apunta a una necesidad esencialmente interna, consistente en rescatar el pacto social, recuperar legitimidad y al mismo tiempo de cimentar un consenso renovado alrededor de la política tendiente a controlar y superar la crisis.³⁷⁴

En efecto, como se recordará, y para explicarlo de manera sintética, a partir de dicha reforma la Constitución dispone en el párrafo cuarto de los artículos 25 y 28, que ciertas actividades corresponden de manera exclusiva al Estado, correspondiendo a éste (también de manera exclusiva) el ejercicio de la *propiedad* y el control sobre los organismos públicos que se establezcan para realizar aquéllas. Entre dichas actividades se encontraban originalmente: los correos, telégrafos, y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, los ferrocarriles y la comunicación vía satélite, así como otras actividades *que expresamente señalaran las leyes que expida el Congreso de la Unión*.

Ahora bien, el discurso constitucional que llevó a la reforma, arranca con el reconocimiento del que el Estado había hecho contribuciones trascendentales

³⁷⁴ Ver Serna, José Ma., "El Régimen Constitucional de la Propiedad en México", en Serna J.M (coord.), *Derecho Comparado Asia-México*, UNAM, México, 2007, pp. 484 y ss.

al desarrollo de México y propiciado la integración de la Nación, al dar sustento e impulso a una política de desarrollo económico nacional, que rompiera con el orden colonial. Con base en lo anterior, la reforma de 1983 definió la rectoría estatal del desarrollo (artículo 25), cuyo instrumento sería la planeación (artículo 26).³⁷⁵

Cabe aclarar que ya existía rectoría estatal y planeación del desarrollo antes de dicha reforma, pero en 1983 se constitucionaliza y se racionaliza todo un esquema de planeación y conducción económica por parte del Estado, que orienta, induce y conduce el desarrollo.

Las reformas constitucionales de 3 de febrero de 1983, fueron polémicas en varios sentidos. Al establecer el principio de la rectoría del estado en materia del desarrollo nacional, se le atacó de estatista. Pero al establecer de manera limitativa las áreas estratégicas en las que el Estado tendría exclusividad, se le tachó de abdicar a favor del sector privado, en el entendido de que en todas las áreas que no calificaran de estratégicas, se permitiría la participación activa del sector privado.

En el Dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados se puede ver dos ideas para que justificaron la reforma: la necesidad de superar el “trauma” nacionalizador y sentar un nuevo consenso de legitimación con los sectores productivos internos. El propósito de llegar a dicho consenso puede verse en el tercer párrafo del artículo 25 constitucional reformado: “Al desarrollo nacional concurrirán con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación”.

Con esto, los sectores fácticos que habían funcionado bajo la protección y consentimiento estatal, especialmente el privado, adquieren reconocimiento concurriendo en igualdad de condiciones con el Estado y los sectores sociales.

³⁷⁵ Un estudio de este proceso puede encontrarse en Ruiz Massieu, José Francisco, “La Rectoría del Estado y las Nuevas Bases Constitucionales del Derecho Administrativo Mexicano”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1985, pp. 282 y ss.

Es decir, la reforma de 1983 al artículo 25 constitucional también consagró al sector privado como actor del desarrollo. Y además, significó un compromiso estatal de estímulo y protección al sector privado al establecer en el último párrafo de dicho artículo que:

“La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta constitución.”

Se puede percibir así la intención de dar una definición clara del régimen de economía mixta, para con ello generar seguridad y certidumbre jurídicas, y expresar la voluntad del Estado de apegarse al principio de legalidad, reduciendo la discrecionalidad y el potencial arbitrariedad.

En este sentido, se estableció también que en lo futuro, se requeriría una ley del Congreso (es decir, no bastaría ya un decreto o acuerdo presidencial, como sucedió con la expropiación de la banca) para incorporar al sector público una actividad determinada, como “área estratégica” de competencia exclusiva del Estado. La disposición relativa a este aspecto se encuentra en el párrafo 4º del artículo 28, según el cual: “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: **y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.**” Finalmente, la reforma también definió reglas para que el Estado participara o se asociara con los sectores social y privado en la ejecución de las áreas prioritarias.

Ahora bien, cabe reiterar que con la reforma de 1983, la Constitución identificó como áreas estratégicas, entre otras ya mencionadas arriba, a las comunicaciones vía satélite y los ferrocarriles. Ello no obstante, la reforma de 1995 al artículo 28 constitucional³⁷⁶ convirtió a estas dos actividades en áreas prioritarias, es decir, áreas en las que puede participar el sector privado. Cabe destacar que el lenguaje de la iniciativa presidencial que llevó a la referida

³⁷⁶ Publicada en el DOF el 2 de marzo de 1995.

reforma, de alguna manera recuerda el lenguaje de las recomendaciones del FMI.

En efecto, la iniciativa presidencial de reforma constitucional de 26 de enero de 1995, elaborada y enviada al Congreso en medio de la crisis económico-financiera de finales de 1994, señala que México debía “profundizar los cambios estructurales en su economía”; en un momento en que “se enfrenta una crítica situación financiera, fenómeno que es resultado, principalmente, de un desequilibrio en la cuenta corriente de la balanza de pagos y de una inestabilidad inusualmente aguda en los mercados financieros” (es decir, situación típica en que se acude al FMI). Por ello, y “[a] fin de continuar con la transformación estructural de la economía...” propone la reforma al artículo 28 de la Constitución, para que los ferrocarriles y las comunicaciones vía satélite dejen de ser “actividades estratégicas”, y pasen a ser “actividades prioritarias”, en las que puedan participar los sectores social y privado.³⁷⁷

Sin embargo, y a pesar de este lenguaje compartido, no consideramos que es posible identificar evidencia empírica suficiente como para asegurar que existe una vinculación clara entre las recomendaciones del BM y del FMI y la reforma constitucional de 1995, y menos aún respecto de la de 1983 que, como se vio, obedeció claramente a la necesidad de recomponer el pacto político y social doméstico, entre las élites políticas y económicas.³⁷⁸

En el tema que sí existe evidencia, es el relativo a la reforma constitucional en materia de justicia penal, publicadas en el DOF el 18 de junio de 2008. Como se recordará, dichas reformas introdujeron un modelo de justicia penal distinto al existente hasta ese momento en México, que de manera simplificada y coloquial se ha identificado con la introducción de los *juicios orales* en nuestro

³⁷⁷ Iniciativa presidencial para la reforma al artículo 28 constitucional, de fecha 26 de enero de 1995, enviada al Senado de la República, pp. 1-4.

³⁷⁸ Otras hipótesis de trabajo, para explorar la posible asociación entre las directrices de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera y la reforma constitucional, podrían ser la reforma que permitió la privatización de los bancos (publicada en el DOF el 27 de junio de 1990), y la que llevó al nuevo régimen de autonomía del Banco de México (publicada en el DOF el 20 de agosto de 1993). Pero reiteramos, se trata solamente de hipótesis que habría que verificar o desechar mediante evidencia empírica.

país. En realidad la reforma va más allá de la mera oralidad, pero no es el caso en este momento hacer una reseña detallada de la misma. Lo que nos interesa destacar, en cambio, es la asociación que al parecer existe entre programas de asistencia técnica y financiera de ciertas instituciones internacionales y la reforma institucional en la referida materia en México.

En efecto, autores como Ovalle Favela han señalado que las reformas constitucionales en materia de justicia penal de 2008, se ubican dentro de las orientaciones de las reformas del proceso penal que se han llevado a cabo en diversos países de América Latina (Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala) bajo los auspicios del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Agencia del Gobierno Norteamericano para el Desarrollo Internacional (USAID).³⁷⁹ Señala también este autor que en nuestro país, USAID financia el llamado Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho), entidad que reconoce expresamente que apoyó la reforma constitucional en materia penal.³⁸⁰

Por su parte, DeShazo y Vargas reseñan cómo en los noventa se dio una ola de reformas para consolidar la democracia formal en América Latina, periodo en el que cerca de mil millones de dólares fue canalizado como apoyo por parte del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el PNUD, y la USAID, en apoyo a esfuerzos para la reforma de la administración de justicia en la región.³⁸¹

Por otro lado, como reporta Cecilia Azar, el 28 de septiembre de 2001 USAID/México acordó apoyar un proyecto destinado a incrementar la efectividad de la mediación en México y a generar los recursos necesarios para ello. En dicho proyecto, que en principio duraría dos años, se planeó llevar a

³⁷⁹ Ovalle Favela, José, *El Procedimiento Penal Oral en Chihuahua*, UNAM/Gobierno de Chihuahua, México, 2010, pp. 31-32.

³⁸⁰ "En el sitio de Internet de este programa (www.proderecho.com) se expresa que tal programa está financiado por la 'Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos' (USAID) y que es operado por la empresa *Management Sciences for Development, Inc.* En este sitio se proporciona información detallada de las reformas al proceso penal efectuadas en los estados de Chihuahua, México, Nuevo León, Oaxaca, entre otros." *Ibid.*, p. 32.

³⁸¹ DeShazo, Peter y Vargas Juan Enrique, *Judicial Reform in Latin America*, Policy Papers on the Americas, CSIS Americas Program, Vol. XVII, Study 2, Sept. 2006, pp. 1-2.

cabo distintas acciones con el apoyo de diversas instituciones nacionales y extranjeras interesadas en fortalecer este mecanismo en México. La coordinación general estuvo en manos de la *American Bar Association* (ABA). El objetivo principal del proyecto consistió en “crear un ambiente propicio para el funcionamiento de la mediación en México, fortaleciendo las iniciativas que existen actualmente, y para sentar bases sólidas que aseguren su desarrollo y permitan aprovechar sus beneficios.”³⁸²

Asimismo, el proyecto estuvo coordinado por la Directora del Consejo sobre Iniciativas Legales para América Latina de la ABA: Macarena Tamayo-Calabrese. Mientras que dos consultoras expertas en mediación en los Estados Unidos y otros países, Dawn Martin y Melinda Ostermeyer, dieron asesoría y apoyaron al personal del proyecto en México. Igualmente, una ONG denominada *Freedom House*, (cuyo objeto es apoyar y fortalecer los procesos democráticos que viven distintos países), proporcionó fondos para apoyar en la realización de reuniones de trabajo y de otros eventos, en el marco del proyecto. Además, se creó un grupo de apoyo integrado por tres abogados mexicanos con experiencia en mediación y mecanismos alternativos, así como un comité asesor integrado con representantes de las entidades federativas y otras entidades gubernamentales y no gubernamentales involucradas en el proyecto.³⁸³

Con la reforma constitucional de junio de 2008, se introdujo un párrafo tercero en el artículo 17 de nuestra carta magna, según el cual “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.” Sin embargo, no encuentro elementos para asegurar que existe una asociación entre la reforma y el proyecto de asistencia técnica referido arriba.

³⁸² Azar, Cecilia, “Proyecto ABA/USAID para la Mediación en México” , *Reforma Judicial*, 2001, pp. 347-350.

³⁸³ *Idem*.

En suma, es posible observar una fuerte influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera en los sistemas jurídicos nacionales principalmente a nivel legal, tal y como lo han explicado López Ayllón y Fix Fierro y López Ayllón.³⁸⁴ Sin embargo, en el nivel constitucional la influencia no es tan contundente ni clara, a pesar de lo cual sí es posible encontrar por lo menos un caso en el que la asociación parece ser fuerte (como sugiere el ejemplo de la reforma en materia de justicia penal de 2008). ¿Qué implicaciones tiene esta circunstancia para el constitucionalismo mexicano? Dejaremos nuestra reflexión sobre este tema para la sección de conclusiones del presente capítulo. Por ahora cabe decir que la influencia de las instituciones de la gobernanza global sobre la elaboración de las leyes en México tiene, de suyo, una serie de implicaciones constitucionales que más adelante abordaremos.

4. El impacto constitucional del esquema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

A. Planteamiento general

En el contexto de la gobernanza global puede identificarse otro tipo de influencia ‘externa’ sobre los sistemas jurídicos de los Estados nacionales, en un nivel más profundo y estructural, que se encuentra más formalizada y estandarizada. Se trata de los compromisos adquiridos por parte de los Estados que se adhieren al esquema de la OMC, por un lado; y a los que adquieren en virtud de la suscripción de tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI).

Se trata, en ambos casos, de mecanismos más formalizados, puesto que la influencia se da a partir y a través de la suscripción de instrumentos internacionales de carácter vinculante para los Estados, como los son los convenios de adhesión a la OMC y los referidos TLC y TBI. Como se sabe, en ambos casos el carácter vinculante deriva del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, que a la letra dice:

³⁸⁴ *Vid supra*, notas 331 y 332.

“Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Además, recordemos que el artículo 27 del propio Convenio de Viena añade que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, con lo cual se puede apreciar la pretensión del derecho internacional de prevalecer por encima del derecho nacional en caso de conflicto de normas.

Por otra parte, se trata de una influencia más estandarizada, en razón de que las reglas, principios y procedimientos del esquema de la OMC son exactamente los mismos para todos los Estados que se adhieren a él. Asimismo, los TLC y TBI también acusan un alto grado de homogeneidad en términos de su contenido

B. El debate sobre las implicaciones constitucionales de los regímenes regulatorios internacionales

Sin embargo, antes de entrar al análisis de la OMC y los TLC y TBI desde una perspectiva constitucional, es preciso hacer referencia a un debate más general relativo a los sistemas normativos creados y desarrollados en el marco de organizaciones y tratados como los arriba referidos. Dicho debate puede apreciarse en la literatura jurídica reciente sobre globalización y derecho, en la que se percibe distintos tipos de preocupación relacionadas con las implicaciones constitucionales de regímenes regulatorios internacionales basados en tratados.³⁸⁵ El debate es actual, pero hay que señalar que ya en 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

³⁸⁵ Más adelante abundaremos en la noción de ‘regímenes regulatorios internacionales basados en tratados’ en los cuales puede incluirse tanto al esquema de la OMC como el TLCAN. El concepto lo hemos tomado de Stewart, Richard, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 65-67

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”.³⁸⁶ 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.³⁸⁷

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como sub-sistemas autónomos; ante lo cual –sostiene el referido autor- la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características especiales que hacen posible la identificación de sub-sistemas 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.³⁸⁸

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

³⁸⁶ 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, parte 3, julio, 1983, p. 562.

³⁸⁷ *Ibid.*, pp. 562-563.

³⁸⁸ 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. *Ibid.*, p. 564 y 575-576.

sujetos y objetos de protección, los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano. En ello profundizaremos más adelante; no obstante, por el momento debemos señalar que 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 los puntos clave que forman parte del planteamiento de la presente investigación.

En este capítulo nos enfocaremos a analizar los esquemas de la OMC y de los TLC y los TBI (a los que deben vincularse los capítulos 19 y 11 del TLCAN). Dejaremos para el capítulo siguiente la referencia a los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano.

De esta forma, comenzaremos por señalar que los esquemas de la OMC y de los TLC y los TBI, han sido definidos por Stewart como “regímenes regulatorios internacionales basados en tratados”. Es decir, son órdenes jurídicos establecidos por tratados u otro tipo de acuerdos entre estados que establecen y vigilan la implementación de estándares regulatorios internacionales; y con frecuencia establecen un secretariado u otro tipo de órganos (tales como los de resolución de disputas). Ese es precisamente el caso de las referidas OMC y TLCAN, y también del BM, el FMI y varias organizaciones de la ‘familia’ de la ONU.³⁸⁹

Desde la perspectiva doméstica, los diferentes tipos de regímenes regulatorios internacionales han sido atacados por la percepción de que llevan a importantes cambios en el derecho doméstico, sin que estén adecuadamente sujetos a los sistemas domésticos de rendición de cuentas y control político y

³⁸⁹ En su tipología de regímenes regulatorios internacionales, incluye también a las ‘redes regulatorias transnacionales; y los ‘acuerdos de reconocimiento mutuo y determinaciones de equivalencia regulatoria cooperativa’. Además observa que actores no estatales, incluyendo representantes de ONGs, participan en varios grados en estos tres diferentes tipos de arreglos regulatorios globales. Incluso, en algunos casos, por la percibida debilidad de la gobernanza global y la necesidad de armonización regulatoria, han surgido organizaciones regulatorias privadas que establecen estándares, como la *International Standards Organization*, organizada primariamente o exclusivamente por empresas, y regímenes híbridos privado-públicos, incluyendo empresas, ONGs y a veces estados u organizaciones internacionales. Stewart, Richard, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 65-67.

jurídico que se aplicarían a las medidas puramente domésticas.³⁹⁰ En otras palabras, el dramático crecimiento de poderosos regímenes regulatorios globales ha hecho surgir importantes preocupaciones sobre temas relacionados con la gobernanza interna, como el control, rendición de cuentas, participación, legitimidad y responsabilidad. Todas ellas, son preocupaciones de carácter constitucional.

La lectura constitucional de estos fenómenos se ha dado desde distintas perspectivas. Una de ellas corresponde al enfoque del llamado “Derecho Administrativo Global”, el cual ha sido definido por Kingsbury, Krisch y Stewart como un concepto que “incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.”³⁹¹

Cabe aclarar que el derecho administrativo global no es una rama del derecho positivo, ni una disciplina jurídica plenamente consolidada. Más bien, es un enfoque de la acción administrativa global que cubre todas las reglas y procedimientos que ayudan a asegurar la *accountability* de la administración

³⁹⁰ Para Stewart, mientras que los tratados requieren ratificación, los regímenes basados en tratados cada vez más adoptan medidas regulatorias a través de autoridades subsidiarias con capacidad de creación normativa, incluyendo la conferencia de las partes, órganos administrativos, y órganos de resolución de disputas, *Ibid.*, pp. 69-70.

³⁹¹ Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., “The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, no. 15, (Summer/Autum, 2005), p. 17. Una traducción en castellano puede encontrarse en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf> (Traducción realizada por Gisela Paris y Luciana Ricart).

global, y se concentra en particular en las estructuras administrativas, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas, y en los mecanismos de revisión.³⁹²

En la práctica, el enfoque del derecho administrativo global representa un esfuerzo por identificar, diseñar, y ayudar a construir estructuras transnacionales y globales para desempeñar funciones a lo sumo comparables a aquellas que el derecho administrativo cumple a nivel doméstico, y a reformar el derecho administrativo doméstico para permitirle ocuparse del carácter cada vez más global de la regulación.³⁹³

Desde este enfoque, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, lo que subyace al surgimiento del derecho administrativo global es el gran incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la administración diseñada para enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas que van desde la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, hasta la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, y refugiados. De esta manera:

“Cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas. Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas

³⁹² “En este sentido, el derecho administrativo global reúne diferentes ramas del derecho que pertenecen a la administración global pero que han sido tratadas en forma separada por mucho tiempo, a menudo por razones conceptuales. Incluye, como uno de sus componentes, al campo del “derecho administrativo internacional” de larga data, un término utilizado principalmente para denotar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos. También incluye la interpretación específica de Kart Neumeyer y otros del “derecho administrativo internacional” como el cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un estado extranjero en el sistema normativo del estado. Pero nuestra concepción del derecho administrativo global es mucho más amplia, y se aproxima al enfoque de 1935 de Paul Négulesco que percibe al derecho administrativo internacional como “una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración.” *Ibid.*, pp. 28-29.

³⁹³ *Idem.*

transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global. Además, muchos de los detalles y de la implementación de dicha regulación se encuentran determinados por órganos administrativos transnacionales –incluyendo organizaciones internacionales y grupos informales de funcionarios- que desarrollan funciones administrativas pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas legales domésticos o, en el caso de los regímenes basados en tratados, a los Estados parte del tratado. Estas decisiones regulatorias pueden llegar a ser implementadas directamente por el sistema global a actores privados o, aún más frecuentemente, a través de medidas de implementación a nivel nacional. Asimismo, es cada vez más importante la regulación por órganos privados internacionales que establecen estándares y por organizaciones híbridas público-privadas que pueden incluir, entre otros, representantes de empresas, ONGs, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales.”³⁹⁴

En suma, para el enfoque del “Derecho Administrativo Global”, estamos ante una situación en la cual cada vez hay un mayor número de áreas en las que diversas instituciones internacionales juegan un papel crucial tanto en la toma de decisiones como en la implementación de políticas. Sin embargo, a nivel global no existe una estructura global, análoga a la del derecho público estatal (constitucional y administrativo), que permita establecer límites, estándares, y proteger ciertos valores (como la legitimidad, la transparencia, la rendición de cuentas, entre otros), en el ejercicio que las instituciones internacionales hacen de su poder e influencia.³⁹⁵

A su vez, esta situación ha creado un déficit de la “accountability” en el creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, el cual ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación; y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.³⁹⁶

³⁹⁴ Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., *op. cit.*, p. 16.

³⁹⁵ Ver Von Bogdandy, Armin, Dann, P., y Goldmann, M. “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008.

³⁹⁶ Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., *op.cit.*, pp. 16-17

En la misma línea, von Bogdandy, Dann y Goldmann han observado que existen cada vez más áreas de política pública en que instituciones internacionales juegan un papel activo y a veces crucial en la toma de decisiones y la implementación de políticas, a veces incluso afectando directamente a individuos:

- Una venta de propiedad raíz en Berlín es bloqueada por una decisión del consejo de seguridad e la ONU (su comité de sanciones a Al-Qaida y a Talibanes).
- La construcción de un puente en Dresden es opuesta legalmente porque afecta parte del río Elba que ha sido incluido en la lista de la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad.
- Políticas educativas nacionales son profundamente reformadas debido a los rankings de Pisa de la OECD.

Estos ejemplos muestran cómo es que hay “actividades de gobernanza” de instituciones internacionales que afectan de manera legal o fáctica a los asuntos domésticos. Y esto obliga a preguntarse, ¿de dónde provienen estas influencias?, ¿quién las controla?, ¿cómo se controlan?³⁹⁷

Los referidos autores ven una serie de problemas en estas “actividades de gobernanza global”. En primer lugar, existen riesgos para los derechos fundamentales, pues no hay la posibilidad de revisión judicial respecto de dichas actividades, además de que no hay tampoco salvaguardas procedimentales (y esto a pesar de que las actividades de gobernanza global cada vez tienen más un efecto directo sobre los individuos).

Por otro lado, ven también riesgos para lo que llaman la “auto-determinación colectiva” (democracia). Es decir, no existe un proceso democrático que vincule

³⁹⁷ Von Bogdandy, Armin, Dann, P., y Goldmann, M., *op. cit.*, pp. 1375-1376.

y haga rendir cuentas a las instituciones internacionales que participan en la gobernanza global; y hay un problema de “distancia” entre las instituciones internacionales y los destinatarios y afectados por las actividades de gobernanza global. Las actividades de la gobernanza global se caracterizan por procesos burocráticos secretos y poco transparentes. Finalmente, existen límites y obstáculos de diversa índole para la existencia y desarrollo de una verdadera “justicia global”. En suma, para los autores mencionados hay deficiencias en la gobernanza global desde el punto de vista del Derecho Público. No hay un “Derecho Público Global” que haga a nivel global, lo que el derecho público hace a nivel interno.³⁹⁸

No es este el espacio adecuado para referirnos con detalle a toda la propuesta teórico-conceptual de los referidos autores; propuesta que surge ante la percibida necesidad de desarrollar categorías jurídicas nuevas que sirvan para ir generando un marco delimitador de las actividades de la gobernanza global (en aras de la protección de valores constitucionales básicos). No obstante, por lo menos apuntaremos que el esfuerzo de estos autores se dirige a crear un nuevo concepto de *acto con autoridad pública internacional*, como pre requisito para el ejercicio de una función limitadora (en el entendido de que sólo los actos con autoridad necesitan ser constituidos y limitados por el derecho público, y la función limitadora del derecho público depende de actores y actividades identificables a quienes se puedan imponer limitaciones).

Como ya mencionamos, para von Bogdandy, Dann y Goldmann si el derecho público es entendido, manteniéndonos en el esquema de la tradición liberal y democrática, como un cuerpo de derecho destinado a proteger la libertad individual y a permitir la auto-determinación política, cualquier acto que tenga un impacto sobre esos valores, sea vinculante o no, debe ser incluido si ese impacto es lo suficientemente significativo para abrir una preocupación sobre

³⁹⁸ Pero, ¿qué hace el derecho público a nivel interno? Para von Bogdandy, Dann y Goldmann, el derecho público doméstico tiene una **función constitutiva** de la autoridad pública (y sus actos), así como una **función limitadora** de la autoridad pública (y de sus actos). En particular, esta segunda función ayuda a traducir las preocupaciones sobre la legitimidad de las actividades de gobernanza en argumentos de legalidad. Al decir de estos autores, la experiencia de las democracias liberales enseña lo importante que es que las preocupaciones por la legitimidad puedan, en principio, ser puestas en términos de asuntos de legalidad. *Ibid.*, pp. 1379-1389.

su legitimidad. En razón de lo anterior, es importante identificar aquellas actividades internacionales que determinan a otros sujetos jurídicos y limitan su libertad.³⁹⁹

Por último, en su conceptualización novedosa, lo “público” en el ejercicio de autoridad internacional pública se basa en dos criterios:

A. La base jurídica de la autoridad: si proviene de delegación de autoridad por parte de los Estados; o bien,

B. Si se trata de actividades que puedan ser vistas como equivalentes funcionales de una actividad regulada sobre una base jurídica pública: hay instituciones de derecho privado o instituciones híbridas que no tienen una delegación relevante de autoridad, pero que llevan a cabo actividades que son de interés público, al igual que las basadas en delegaciones de autoridad (un ejemplo típico en el que hay una actividad de gobernanza global que afecta “bienes público” o una infraestructura global, es la institución que maneja internet: ICANN.)

Basados en este esquema, podemos preguntarnos, ¿qué entidades ejercen la autoridad pública internacional? La respuesta ha de requerir una diferenciación entre entidades u organismos formales (entre los que podemos encontrar organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional como la FAO, la OIT o la OMC; o bien regímenes derivados de tratados como el relativo a la CITES⁴⁰⁰ o a los Tratados Bilaterales de Inversión); y otros informales (como ciertos comités dentro de OECD o el G8; o bien redes de burocracias o administradores domésticos). En el presente trabajo nos dedicaremos a examinar en detalle tres de estas entidades (formales), cuales son los órganos de resolución de diferencias que actúan en el esquema de la OMC, y los de los Capítulos XI y XIX del TLCAN.

³⁹⁹ *Vid supra*, nota 118.

⁴⁰⁰ La CITES (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres) es un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos . Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituye una amenaza para su supervivencia.

Como se ha podido constatar a lo largo de la presente sección, en el debate actual sobre las instituciones de la 'gobernanza global' existe una preocupación por su creciente poder, y por el efecto que su actuación puede tener sobre valores constitucionales que podríamos llamar 'clásicos' (libertades individuales, debido proceso, democracia, rendición de cuentas, transparencia). Ello no obstante, el debate va más allá de este tipo de preocupaciones, lo cual solamente es perceptible si nos acercamos con más detalle a algunos de los órdenes normativos y sus respectivos órganos de aplicación, que conforman lo que Sorensen llamaría 'órdenes jurídicos autónomos' a nivel internacional, tarea a la que nos avocaremos en las secciones siguientes.

C. Análisis de la OMC desde una perspectiva constitucional

La Organización Mundial de Comercio (OMC) es un organismo intergubernamental internacional, establecido el 1 de enero de 1995, cuyo objetivo fue reemplazar el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) y organizar las normas relativas al comercio internacional. Entre sus funciones principales están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos, conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias; supervisar las políticas comerciales nacionales; y dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.⁴⁰¹

Cabe señalar que el acuerdo de creación de la OMC (Acuerdo de Marrakesh) y sus tres anexos son vinculantes respecto de todos los Estados miembros, como se desprende de los párrafos 2 y 3 del artículo II de dicho acuerdo:

"2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

⁴⁰¹ Ver página web de la OMC: www.wto.org .

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Plurilaterales") también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado."

Asimismo, debemos destacar que entre las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la OMC, está la de ajustar su derecho interno⁴⁰² a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos.⁴⁰³

Ahora bien, el impacto que estas normas tienen sobre los Estados es enorme, si se toman en cuenta al menos tres circunstancias. En primer lugar, los instrumentos de la OMC inciden sobre un gran número de materias reguladas por los órganos legislativos nacionales, que de alguna manera están vinculadas al comercio. Estas materias van desde los impuestos, incentivos fiscales, aranceles y subsidios, hasta normas oficiales, medio ambiente, medidas sanitarias, seguridad y propiedad intelectual, entre muchas otras. Esto significa que hay numerosos puntos de contacto entre las reglas de la OMC y el derecho nacional, en los cuales coinciden ambos, y en los que el derecho interno ha de ajustarse a los estándares del referido organismo intergubernamental.⁴⁰⁴

⁴⁰² Malik vincula las reformas judiciales de varios países de América Latina a la necesidad de responder a los cambios del medio externo: "Las experiencias de otros países con la reforma judicial presentan varias lecciones para los responsables de formular las decisiones políticas en los países que están en vías de desarrollo y en transición. Estas experiencias son de importancia especial para los responsables en tomar decisiones en América Latina, quienes necesitan responder urgentemente a los cambios en el medio externo, tales como el nuevo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Convenio de la Organización Mundial de Comercio (WTO), las implicaciones del TLC y la integración de los mercados de capital a través de medidas que fomentan el desarrollo empresarial y la competitividad (por ejemplo, la República de Venezuela está a la vanguardia de la modernización del Poder Judicial en América Latina con el apoyo del Banco Mundial). La familiarización con las mejores prácticas internacionales es de gran utilidad para los responsables de tomar decisiones en los países de Europa central y oriental y en otros Estados independientes de la antigua Unión Soviética que enfrentan la pregunta fundamental de cómo construir una infraestructura jurídica que garantice el cumplimiento de las leyes y establezca los cimientos legales para una gestión económica sólida en el marco de un sistema orientado hacia el mercado." Malik, Waleed Haider, "El Desarrollo económico y la Reforma Judicial: experiencias internacionales e ideas para América Latina" *Reforma Judicial*, no. 1, 2003, p. 93.

⁴⁰³ Art. XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh que: "4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

⁴⁰⁴ Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 6.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta el valor de las actividades económicas comprendidas dentro del Acuerdo de la OMC: los intereses económicos implicados ha llevado a que el sistema otorgue una gran relevancia a la resolución de disputas entre los miembros de la OMC; disputas derivadas de la percepción de los Estados de una falta de ajuste entre las normas de la OMC y las normas nacionales sobre comercio y las relacionadas con el comercio (“trade-related norms”).⁴⁰⁵

En tercer lugar, el mecanismo de resolución de disputas tiene un alcance sin precedentes en el derecho internacional. En palabras de Bhuiyan, se trata de un sistema “obligatorio”, “exclusivo” y “automático”. Es “obligatorio”, puesto que todos los Estados miembros están sujetos a la jurisdicción de los distintos órganos del sistema de resolución de disputas de la OMC, y cualquier miembro puede activarlo de manera unilateral contra otro miembro. Es “exclusivo”, en razón de que en relación a disputas que entren en el ámbito de los acuerdos de la OMC, excluye cualquier otro procedimiento o sistema de resolución de controversias.⁴⁰⁶ Finalmente, es “automático”, pues una vez que el sistema de resolución de diferencias ha sido puesto en movimiento por la presentación de una demanda, las diversas etapas procesales previstas por el sistema se van sucediendo “automáticamente” de acuerdo a un estricto marco temporal previsto en el “Entendimiento”. De esta suerte, el Estado demandado no puede bloquear ni retrasar los procedimientos en ninguna etapa.⁴⁰⁷

Asimismo, debemos mencionar que el sistema de solución de diferencias cuenta con una poderosa herramienta para forzar a los miembros de la OMC a ajustarse al cumplimiento de las reglas de dicha organización: si al cabo de todo el procedimiento (que en caso de apelación dura no más de un año y tres

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁴⁰⁶ En este sentido se expresa el artículo 23.1 del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.”

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp. 6-8.

meses), el grupo de especial respectivo (panel) determina que el país denunciante tiene la razón, y si el país infractor no cumple con las conclusiones del panel, entonces el país denunciante podrá imponer represalias comerciales al país demandado, tales como el retiro de concesiones comerciales que deben ser aprobadas por el Organismo de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de 30 días siguientes a la expiración del “plazo prudencial” que se da al demandado para que cumpla.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho constitucional, el esquema de la OMC ha dado lugar a diversas posturas y debates. De hecho, como observan Howse y Nicolaidis, de manera creciente, se hace referencia a los retos de la gobernanza económica mundial, y en particular los de la OMC, en términos constitucionales.⁴⁰⁸ Sin embargo, esto ha abierto una importante línea de discusión en la que existen posturas encontradas. Como se verá con detalle más adelante, para algunos la OMC desempeña ‘funciones constitucionales’, o bien se da un entendimiento constitucional a los procedimientos para la resolución de disputas de la OMC, con su mecanismo jurídicamente riguroso y su ponderación y balance de valores públicos en competencia. Pero para otros, el derecho de la OMC está lejos de pertenecer a la tradición del constitucionalismo, además de tener una serie de implicaciones y efectos negativos sobre los arreglos constitucionales nacionales. A este debate nos aproximaremos en las páginas que siguen.

a. La constitucionalización del derecho comercial internacional⁴⁰⁹ (un enfoque sustantivo)

Ernst-Ulrich Petersmann ha desarrollado la idea de que el derecho de la OMC cumple o desempeña ‘funciones constitucionales’. Su punto de partida puede

⁴⁰⁸ Howse, R. y Nicolaidis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far”, en Porter, Roger et al. (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy, The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2001, p. 227.

⁴⁰⁹ La expresión “derecho comercial internacional” se refiere al conjunto de normas que regulan las transacciones comerciales internacionales y, en esa medida, incluye también a las normas referidas a la OMC (en tanto esquema regulador del comercio internacional). Sin embargo, compete con el concepto de “derecho económico internacional”, que se refiere a las normas relativas a la regulación del sistema económico global, en el que se incluye también el esquema de la OMC.

resumirse en la siguiente premisa: así como a nivel doméstico existe la necesidad de limitaciones constitucionales a los poderes regulatorios internos en la materia comercial, también existe la necesidad de crear garantías constitucionales para la “libertad de entrar en relaciones comerciales transnacionales”, así como la de establecer las correspondientes limitaciones a los poderes que definen las políticas comerciales internacionales de los Estados.⁴¹⁰ En este sentido, aboga por un concepto de funciones constitucionales y de garantías jurídicas internacionales respecto de la libertad de comercio, no-discriminación y transparencia en la formulación de la política comercial internacional de los Estados, para lo cual afirma que:

“Como los derechos individuales no fueron ‘otorgados’ por los gobiernos y su enumeración en las constituciones escritas nunca fue vista como exhaustiva, no hay ninguna razón constitucionalmente convincente para asumir que la libertad individual de comercio esté limitada a la posibilidad de elegir a los socios comerciales domésticos y que no proteja también las transacciones comerciales transnacionales.”⁴¹¹

En esencia, el argumento de Petersmann se basa en la idea de que los derechos humanos y las ‘libertades de mercado’, ‘libertades económicas’ (incluido el derecho de propiedad) son análogos, es decir, tienen la misma naturaleza. Sin embargo, critica al ‘derecho de los derechos humanos de la ONU’ por descuidar las libertades económicas, derechos de propiedad y libertad de competencia económica, que él considera son precondiciones jurídicas para incrementar el bienestar de ciudadanos libres, además de que promueven el uso eficiente de recursos escasos, pues los “derechos humanos económicos son esenciales para permitir a los individuos adquirir, poseer, usar y disponer de los recursos necesarios para el goce de los derechos humanos.”⁴¹² Como parte de esta crítica, Petersmann sostiene que existe un ‘sesgo anti-mercado’ en los derechos humanos de la ONU, ya que la indivisibilidad de los derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales no están suficientemente protegidos como para permitir

⁴¹⁰ Petersmann, Ernst-Ulrich, “National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law”, *European Journal of International Law*, vol. 3, no. 1, 1992, p. 27.

⁴¹¹ *Idem.*

⁴¹² Petersmann, Ernst-Ulrich, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 3, 2002, p. 639.

que los ciudadanos, los operadores económicos, y los jueces apliquen y desarrollen progresivamente los derechos económicos y sociales en los tribunales domésticos e internacionales. Este sesgo, a su vez, reduce su potencial operacional-sostiene Petersmann- como parte relevante de las organizaciones económicas de alcance mundial, así como para el esquema de una economía de mercado basada en derechos y en la jurisprudencia (piensa, por supuesto, en el mecanismo de resolución de disputas de la OMC).⁴¹³

Además, Petersmann busca fortalecer su idea de la analogía entre los derechos humanos y las 'libertades económicas' a nivel transnacional, aludiendo a la circunstancia de que el mecanismo de adjudicación de la OMC, al igual que los tribunales constitucionales nacionales, también emplea el método de la ponderación para resolver disputas. Ello deriva del hecho-sostiene- de que el derecho comercial internacional también reconoce su función instrumental para promover objetivos no económicos, como 'elevar los niveles de vida', promover el 'desarrollo sustentable' y 'preservar el medio ambiente' (preámbulo de la OMC). Asimismo, Petersemann sostiene que los 'balancing principles' en las 'cláusulas de excepciones' en el derecho comercial internacional como no discriminación, necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual (art XX GATT) o derechos de acceso individual a tribunales (art. X GATT), son similares a los 'balancing principles' en las 'cláusulas de excepciones' en los tratados de derechos humanos. Incluso dice que referencias indirectas a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad se encuentran en el Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por ello es que los derechos humanos y el derecho comercial internacional tienen para Petersmann funciones complementarias para la protección de la libertad individual, la no discriminación y el *rule of law*.⁴¹⁴

De esta manera, para Petersmann el derecho de la OMC representa un sistema de garantías jurídicas internacionales para la mejor protección de las

⁴¹³ *Ibid.*, p. 628-629.

⁴¹⁴ Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 2, 2003, p. 242.

libertades de comercio, la no-discriminación, seguridad jurídica, transparencia, los derechos de propiedad, la libre competencia y el uso proporcional de los instrumentos de política comercial-internacional por parte de los Estados. De hecho, para este autor la OMC fue diseñada para cumplir con funciones constitucionales, consistentes en limitar los poderes discrecionales en materia de comercio exterior de los gobiernos a lo largo del mundo, a través de reglas estables y de rango superior (el Acuerdo de la OMC, sus acuerdos y anexos relacionados).⁴¹⁵ A su vez, esta visión lleva a poner al derecho de la OMC por encima de la política nacional, que en la visión de Petersmann en muchas ocasiones está capturada por intereses de corto plazo de productores, políticos y burócratas, que buscan beneficios y rentas, a través de normas que les protejan de la libre competencia. Sin embargo-afirma- esto atenta contra los intereses comunes de largo plazo de los individuos, los consumidores y los ciudadanos, derivados del libre comercio, no discriminación, transparencia y libre competencia.⁴¹⁶

Como puede observarse, en el esquema de Petersmann subyace una visión Hayekiana de la relación economía-estado-sociedad, que privilegia los supuestos beneficios de la acción libre de las fuerzas del mercado, y censura la intervención estatal, como prerequisite para generar y distribuir riqueza y bienestar en las sociedades.⁴¹⁷ En este contexto es que puede entenderse que el referido autor afirme que los mercados económicos son tan importantes como los mercados políticos. Por ello –sostiene- como una necesaria consecuencia del ejercicio de derechos humanos en el área económica, los mercados económicos necesitan de protecciones constitucionales contra los

⁴¹⁵ Petersman, E.U., "Constitutionalism and International Organizations", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, no. 2/3, p. 446.

⁴¹⁶ Incluso llega a afirmar que *demasiado* control democrático y parlamentario sobre la política arancelaria tiene el riesgo de reducir el bienestar económico en una sociedad. Petersmann, E.U., "From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for 'Mainstreaming Human Rights' into WTO Law", *Common Market Law Review*, vol. 37, no. 6, 2000, pp. 1365-1368

⁴¹⁷ "Donde la libertad y los derechos de propiedad son protegidos, los individuos comienzan a producir y a intercambiar bienes y servicios demandados por los consumidores. El hecho de que la mayoría de la gente dedica la mayor parte de su tiempo en sus 'libertades económicas' (p.ej. en producir e intercambiar bienes y servicios incluyendo el trabajo y las ideas de las personas) ilustra que para la gente ordinaria, al contrario de muchos abogados, las libertades económicas no son menos importantes que las libertades civiles y políticas." Petersmann, *op. cit.*, "Time for a United Nations 'Global Compact'...", p. 629.

abusos de poder, en grado no menor que los mercados políticos.⁴¹⁸ Ergo, son necesarias garantías jurídicas nacionales e internacionales para la protección de dichos mercados económicos.

En suma, Petersmann ve el Acuerdo de la OMC, como un instrumento que busca extender valores de derechos humanos básicos a través de las fronteras; así, puede entenderse como ejerciendo ‘funciones constitucionales’ para la protección jurídica de valores identificados con los derechos humanos doméstica e internacionalmente.⁴¹⁹ La sugerencia es que los valores que subyacen al derecho de la OMC- tales como protección de la libertad jurídica, derechos de propiedad, no-discriminación, ‘rule of law’, acceso a tribunales, bienestar económico y soberanía nacional para buscar objetivos de políticas no económicos que son más importantes que el libre comercio- reflejan los correspondientes principios de derechos humanos.⁴²⁰

Finalmente, Petersmann busca demostrar que como resultado del reconocimiento universal de los derechos humanos a nivel internacional, éstos derechos son relevantes para la interpretación y aplicación de las reglas de la OMC, especialmente para las garantías de la OMC sobre libertad, no discriminación, *rule of law*, propiedad privada, acceso a tribunales, debido proceso legal, y para numerosas excepciones de la OMC que permiten restricciones a la libertad de comercio a efecto de proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, la moral pública y otros ‘valores de los derechos

⁴¹⁸ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO ‘Linking Principles’ for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, 1999, p. 148.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 636-637.

⁴²⁰ La propuesta de Petersmann es bastante más ambiciosa, puesto que incluye ideas tales como: la necesidad de que el derecho de las organizaciones internacionales sea construido de conformidad con los derechos humanos reconocidos por los estados miembros; la invocabilidad directa por parte de los individuos del derecho de las organizaciones internacionales (como por ejemplo, el derecho de la OMC); la posibilidad de que los tribunales nacionales o internacionales recurran al derecho internacional de los derechos humanos como límites constitucionales sobre el derecho y los poderes de las organizaciones internacionales; el empleo de criterios de derechos humanos para interpretar las cláusulas de interés público (que justifican excepciones a las reglas de libre comercio de la OMC); y la necesidad de más democracia en los procesos de elaboración de normas de las organizaciones internacionales. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, pp. 621-650.

humanos'.⁴²¹ Es decir, las reglas de la OMC deben ser interpretadas de conformidad con las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.⁴²²

Y si la protección constitucional de la 'libertad personal' se extiende a la demanda y oferta privada a través de fronteras, entonces las obligaciones internacionales de los gobiernos (en GATT, OMC), de proteger la libertad y la no discriminación entre ciudadanos a través de fronteras puede servir 'funciones constitucionales' para limitar abusos de los poderes del gobierno y para reforzar la protección de los derechos individuales.⁴²³

Al igual que otros colegas que participan en el debate, Petersmann manifiesta una preocupación por la cuestión de la legitimidad del esquema de la OMC. Ante esto, y en su visión, el reconocimiento explícito de derechos humanos universalmente reconocidos como parte del contexto jurídico relevante para la interpretación de las reglas de la OMC podrían fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisiones de la OMC y del derecho de la OMC."⁴²⁴ Asimismo, este autor ve la necesidad de agrandar las bases sociales y políticas de apoyo de OMC y su *legitimidad constitucional*. Para ello, propone ampliar la transparencia en los procesos de toma de decisiones en el seno de la OMC; la creación de un consejo asesor con participación de la sociedad civil, y el envío

⁴²¹ Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 2, 2003, p. 242.

⁴²² *Ibid.*, p. 248.

⁴²³ Petersmann deja abiertas varias preguntas: ¿puede el derecho de la OMC realizar sus objetivos de libre comercio e integración comercial global sin considerar derechos humanos reconocidos universalmente?; las tensiones entre las reglas de la OMC y derechos humanos ¿deben ser clarificadas caso-por-caso por los jueces de la OMC (a pesar de que los miembros de los paneles de la OMC y del Órgano de Apelación, pueden no estar familiarizados con los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos?; ¿los diplomáticos en el órgano de arreglo de disputas de la OMC pueden producir reportes de los paneles y del órgano de apelación sugiriendo ¿nuevas interpretaciones de derechos humanos?; ¿cómo se puede limitar el riesgo de abusos proteccionistas basados en argumentos de derechos humanos para justificar restricciones comerciales?; ¿cómo han de percibir los activistas de derechos humanos y los órganos de derechos humanos de la ONU las interrelaciones entre los derechos humanos y las reglas de la OMC?, entre otras. Petersmann, *op. cit.*, "Time for a United Nations 'Global Compact'...", p. 643.

⁴²⁴ Petersmann, *op. cit.*, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", pp. 258-259.

regular y oportuno de información a los parlamentos nacionales sobre las negociaciones que se llevan al cabo en el seno de la OMC.⁴²⁵

Cabe señalar que Petersmann no es un autor aislado en su perspectiva, pues existen otros académicos que han desarrollado perspectivas parecidas. Por ejemplo, McGinnis y Movsesian responden a aquellos que opinan que la OMC significa una amenaza para la soberanía y la democracia representativa, y que tiene el potencial de bloquear importantes programas adoptados por gobiernos elegidos popular y democráticamente, con el siguiente argumento: “El libre comercio y el gobierno democrático enfrentan un obstáculo común - la influencia de poderosos intereses de grupo. Como el libre comercio crea riqueza en cada nación, es posible esperar que las mayorías nacionales favorezcan políticas de libre comercio, por encima de políticas que benefician a intereses especiales a expensas de la mayoría. Algunas industrias en una nación, sin embargo, sufren en razón del libre comercio, y los empresarios y trabajadores en esas industrias se movilizarán para pedir medidas proteccionistas que restrinjan las importaciones. Esos grupos de interés proteccionistas tienen un desproporcionado poder en la política doméstica, y su cabildeo con frecuencia puede asegurar restricciones a las importaciones, a pesar de que la mayoría de la ciudadanía sufra.” En este contexto, la OMC puede promover el poder de las mayorías nacionales al contener la influencia de los intereses de grupo proteccionistas, estableciendo normas y estándares y vigilando que los Estados las cumplan. De esta suerte- afirman los autores- la OMC al promover el libre comercio y la democracia en que impere el interés de la mayoría, refleja los principios del federalismo y del constitucionalismo Madisoniano en el nivel global.⁴²⁶

⁴²⁵ Petersmann, *op. cit.*, “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration...”, pp. 1368 y ss.

⁴²⁶ Según los referidos autores, el esquema de la OMC refleja el federalismo americano, porque la estructura federal de los EUA fue originalmente diseñada para prevenir la discriminación en el comercio interestatal, restringiendo con ello a los intereses de grupo proteccionistas dentro de cada estado. Y refleja también una visión Madisoniana, pues, como dijo Madison en *El Federalista* No. 10, el fin de la Constitución de los EUA era ‘asegurar el bien público y los derechos privados contra el pelogro de ... las facciones, y al mismo tiempo preservar el espíritu y la forma del gobierno popular...’. McGinnis, John y Movsesian, Mark L., “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 114, no. 2, diciembre, 2000, pp. 512-515.

De hecho, proponen los autores, un régimen de comercio internacional que esté enfocado a restringir la influencia de los grupos de interés proteccionistas, puede reforzar, en lugar de debilitar, un importante elemento de la soberanía, en la medida en que permanezca como vigilante, y no se involucre en expedir regulación sustantiva por sí misma, tal y como se encuentra en este momento el esquema de la OMC.⁴²⁷

b. La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque procedimental-adjudicativo)

Deborah Cass ha desarrollado también la idea de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional, pero en lugar de considerar aspectos sustantivos (como Petersmann), ha centrado su atención en el proceso de adjudicación de la OMC. Según Cass, un sentido posible para hablar de la constitucionalización del derecho comercial internacional, es aquél que se vincula con la caracterización tradicional de creación de normas constitucionales por vía de la interpretación judicial: “De acuerdo con esta definición, el tribunal de apelación de la OMC, el Organismo de Apelación, es la fuerza dinámica detrás de la construcción de constitución en virtud de su capacidad para generar normas y estructuras constitucionales a lo largo de la resolución de disputas.”⁴²⁸ Implícito en el argumento de Cass está la idea de que las decisiones del Organismo de Apelación (OA) comparte características lo suficientemente similares con el derecho constitucional nacional para caracterizarlo como una forma de toma de decisión cuasi-constitucional y por tanto para garantizar la descripción del sistema en su conjunto como en proceso de constitucionalización.⁴²⁹

No obstante, y adelantándose a la crítica de que en el esquema de la OMC no hay Estado, ni hay comunidad política alguna para legitimar la toma de decisiones, Cass aclara que usa el concepto de ‘constitucionalización’ en un sentido más amplio para argumentar que las decisiones del OA y paneles de

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 529.

⁴²⁸ Cass, Deborah Z., “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation and the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, vol. 12, no. 1, 2001, pp. 40-42.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 42.

OMC están comenzando a desplegar algunas características ordinariamente asociadas con las decisiones judiciales de sistemas constitucionales nacionales y supranacionales. Así, sostiene la autora, "...la jurisprudencia de la OMC exhibe un interés explícito con la delimitación de poder entre estados miembros y el mecanismo centralizado de arreglo de disputas; en algunos casos, pide prestado de doctrinas y técnicas constitucionales, como la proporcionalidad; en otros casos, ha extendido su alcance en materias, tales como salud, antes considerada exclusivamente como materias de las constituciones nacionales. Como resultado, una forma de derecho híbrida está emergiendo que tiene suficiente semejanza con el derecho constitucional nacional y supranacional para referirse a él con el descriptor de 'constitucionalización'".⁴³⁰

Para Cass, el derecho comercial internacional tiene una clara afinidad con un sistema constitucionalizado, porque su *case law* se basa de una manera mayor en técnicas del razonamiento de la adjudicación constitucional. Con base en esas técnicas – sostiene la autora- el OA está empezando a crear una estructura constitucional para el derecho comercial internacional. La arquitectura del sistema está empezando a tener una mayor semejanza con una estructura constitucional, que el derecho internacional general. Está ocurriendo un más localizado proceso de interpretación constitucional y creación constitucional en la esfera del derecho comercial internacional.⁴³¹ Consciente o inconscientemente-dice Cass- el OA de la OMC es instrumental en construir esa estructura constitucional,⁴³² pero lo que está siendo creado no es 'constitucional' en el sentido tradicional nacional, aunque sí tiene un parecido. Y el punto de partida es la creación del OA con poderes ampliados para producir decisiones vinculantes.

Para Cass, la constitucionalización del derecho comercial internacional se está dando a través de cuatro técnicas específicas. En primer lugar, observa el fenómeno por el cual ciertas reglas, principios y doctrinas del derecho constitucional están siendo tomadas –por así decirlo- y están siendo

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² *Ibid.*, p. 44.

empleadas en las decisiones del OA de la OMC, lo que a su vez está llevando a una semejanza más cercana entre el derecho comercial internacional y el derecho constitucional (por ejemplo, el juicio de proporcionalidad y el razonamiento sobre competencia jurisdiccional).⁴³³ En segundo lugar, las decisiones del OA son constitutivas de un nuevo sistema de derecho, pues contribuyen a formar un cuerpo normativo que no es ni de los Estados, ni se adscribe al derecho internacional tradicional.⁴³⁴ En tercer lugar, mediante sus decisiones, el OA incorpora materias que tradicionalmente han sido vistas como pertenecientes a la competencia constitucional nacional, tales como la salud pública.⁴³⁵ Y en cuarto lugar, observa Cass que la jurisprudencia del OA no solamente se basa en reglas, principios y doctrinas constitucionales, sino que se asocia con valores constitucionales más profundos (tales como temas de democracia y gobernanza, sobre cómo diseñar un sistema de derecho equilibrado).⁴³⁶

Con el fin de dar sustento a sus planteamientos, Cass analiza el caso *Hormonas*,⁴³⁷ cuyos aspectos más relevantes pueden resumirse de la siguiente manera: a partir de 1989, las Comunidades Europeas adoptaron medidas por las cuales se prohibía la importación de productos cárnicos en razón del empleo de seis hormonas que estimulan el crecimiento del ganado, y que desde los ochentas venían siendo objeto de análisis y discusión en cuanto a sus efectos presuntamente nocivos en la salud humana. Dichas hormonas son: estradiol-17 β , progesterona, testosterona, acetato de trembolona (TBA), zeranol y acetato de melengestrol.

Ante esta prohibición, y a manera de sanción, los Estados Unidos de América decidieron incrementar los derechos de aduana sobre diversos productos agroalimentarios de la Comunidad Europea (carne de vacuno, café, bebidas de

⁴³³ '*constitutional doctrine amalgamation*'

⁴³⁴ '*system constitution*'

⁴³⁵ '*subject matter incorporation*'

⁴³⁶ '*constitutional value association*' Ibid., p. 52.

⁴³⁷ Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas), *Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, 18 de agosto de 1997.

bajo contenido alcohólico, conservas de tomate y zumos de fruta) por valor de más de 90 millones de dólares.

Ya entrado en vigor el Acuerdo de la OMC, la Comunidad Europea protestó en contra de lo que consideraba medidas unilaterales de los Estados Unidos de América, contrarias al espíritu del referido Acuerdo. Por su parte, Estados Unidos de América y Canadá consideraban que la prohibición de la Comunidad Europea era contraria tanto a los artículos III y XI del GATT de 1994, como a los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 4 del Acuerdo sobre Agricultura.

A partir de estas diferencias, se integraron dos Grupos Especiales (el 20 de mayo de 1996 y el 16 de octubre de 1996), y sus Informes resultaron favorables a la posición de los Estados Unidos y de Canadá, en los siguientes términos básicos:

- i. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basaban en una evaluación del riesgo, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Los estudios científicos de la CE no respaldaban la prohibición impuesta a la carne tratada con hormonas.
- ii. Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideraban adecuados en diferentes situaciones, que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En particular, en contraste con la prohibición impuesta a las hormonas estimulantes del crecimiento, la CE permitía niveles más elevados de las mismas hormonas de producción endógena en la carne no tratada y en otros alimentos; el uso de las mismas

hormonas con fines terapéuticos y de gestión de rebaños; y el uso de otros estimulantes del crecimiento (por ejemplo los antimicrobianos carbadox y olaquinox, conocidos por su actividad carcinogénica) en la producción de porcinos.

- iii. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no estaban basadas en normas internacionales existentes sin que ello estuviese justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 3 de dicho Acuerdo.
- iv. La CE no se había amparado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que permitía la adopción de medidas de precaución de manera provisional, sino más bien en el “principio de cautela” en general. El Grupo Especial consideró que el recurso al “principio de cautela” no anulaba las obligaciones de un país en el marco del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.⁴³⁸

En ambos informes, el Grupo Especial recomendó, en el párrafo 9.2, lo siguiente:

"... que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias."

⁴³⁸ Las Comunidades Europeas invocaron el ‘principio de cautela’ contenido en el artículo 5, párrafo 7º del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, para justificar la adopción de las medidas impugnadas en este caso. Dicha disposición establece lo siguiente: “7. Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.”

La Comunidad Europea apeló dichas recomendaciones ante el Órgano de Apelación, mismo que emitió su Informe el 16 de enero de 1998, en el cual

i. Estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que, puesto que la medida de la CE reflejaba un nivel más elevado de protección que la norma internacional y no estaba justificada por una evaluación del riesgo, infringía el artículo 3.

ii. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre el párrafo 1 de artículo 5 en el sentido de que no había una relación lógica entre la medida y las pruebas científicas presentadas sobre cinco de las hormonas y constató que no había una evaluación del riesgo para la sexta hormona (acetato de melengestrol).

iii. Revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 5 del artículo 5. El Órgano de Apelación consideró que había una diferencia fundamental entre las hormonas administradas y las de producción endógena en la carne y otros alimentos y que el uso terapéutico de hormonas llevaba consigo una mayor supervisión y control. Aunque el Órgano de Apelación convino en que la diferencia entre una prohibición impuesta a la carne de bovino tratada con hormonas y el uso de estimulantes del crecimiento en la producción porcina era arbitraria, no consideraba que esto produjera discriminación o una restricción encubierta del comercio.

iv. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre la utilización de la precaución y su relación con el párrafo 7 del artículo 5.

La lectura constitucional que Cass realiza de este caso, comienza con la observación de que el OA ha tenido que comenzar a tratar temas de la delimitación de su propia autoridad y de los estados miembros. El OA produjo un estándar de revisión por los paneles, respecto de las decisiones de los estados nacionales, según el cual éstos deben realizar una 'evaluación

objetiva' (*objective assessment*), que no es ni examen de novo de la decisión nacional, ni deferencia total. Este aspecto de la decisión señala que el ámbito de los órganos nacionales para tomar decisiones con efectos en el comercio no serán dejadas enteramente al estado. En este tema, Cass observa que a pesar de que no ha habido transferencia de poder legislativo o ejecutivo a la OMC y la autonomía clásica de la jurisdicción nacional queda intacta, ha habido un cambio sutil:

“A través del proceso de interpretación judicial, las autoridades nacionales ya no pueden tomar decisiones sin que esas decisiones sean sujetas a escrutinio judicial por los paneles de la OMC. La deferencia no está a la orden del día, así, sea como se le mire, incluso si el ámbito actual de poder nacional permanece sin cambio, su ejercicio es afectado para siempre. Inserto en los sistemas nacionales de los Estados miembros de la OMC hay un límite, aunque sea mínimo, que califica su anteriormente completa autoridad constitucional.”⁴³⁹

Por otro lado-observa Cass-la decisión en el caso *Hormonas* busca una asociación con un valor constitucional (de democracia y gobernanza), que se expresa en términos del objetivo de encontrar un 'balance' o equilibrio entre la competencia nacional para determinar medidas sanitarias, y las competencias asignadas a la OMC por los estados miembros.⁴⁴⁰

Asimismo, para Cass el caso *Hormonas* muestra que el OA puede llegar a tener efecto en la competencia legislativa nacional en relación con estándares en materias no comerciales. (Salud pública). La regla: las medidas nacionales

⁴³⁹ *Ibid.*, pp. 56-57.

⁴⁴⁰ “Implicit in this result are a number of conclusions. First, it suggests that, even in the exercise of mere treaty interpretation by the central tribunal, changes can occur in the scope of the *legislative power* of the member states. By the use of techniques such a constitutional doctrine amalgamation and constitutional value association the structure of international trade law is changing. Robust treaty interpretation, combined with strong judicial review incorporating such techniques, creates the possibility of subtly altering the legislative decision-making power by states, without an explicit transfer of power occurring. Again, the legitimacy of such a trend needs further consideration. Even taking account of the important qualification that states have not transferred regulatory power to any centralized body, an alteration in the national/international relationship has occurred, and largely by way of judicial interpretation. The implications for governance of states are clear. If national legislative bodies can 'lose' a proportion of their power, or even have the exercise of that power conditioned in some significant ways, it would indicate two things. First, the judicial body has constituted a different relationship of power between the national and the international from the one which previously existed; and, secondly, the judicial body has begun to act *as though* the legal systems within its jurisdiction were not only singular systems of law but formed a part of a broader system of law.” *Ibid.*, pp. 58-60.

de salud no tienen que corresponder precisamente con los estándares internacionales para ser conformes con las normas de comercio internacionales. De esto se deriva:

“Primero, que la interpretación judicial del instrumento internacional de derecho comercial ha confirmado que la salud, una materia de la autoridad constitucional nacional, está firmemente en la agenda del comercio internacional. Segundo, el tribunal ha mostrado una conciencia de las sensibilidades nacionales de la decisión por medio de la adopción de una construcción del texto que enfatiza la autoridad nacional. Esto es logrado por una combinación de los métodos identificados arriba: la asociación de la cuestión interpretativa con el valor de la soberanía estatal; y la amalgamación de técnicas constitucionales tales como economía judicial.”⁴⁴¹

Otro caso paradigmático al que también se refiere Cass, es el WT/DS58/AB/R, decidido en 1998 por el OA de la OMC, en el cual diversos Estados demandaron a los Estados Unidos de América por violar las reglas de la OMC en virtud de una serie de procedimientos administrativos relativos a la prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Dichos procedimientos implicaban, entre otras cosas, la realización de una investigación por parte de funcionarios de EUA acerca de los métodos empleados por las flotas de varios países para pescar camarón; producto de dicha investigación, la autoridad administrativa de los EUA podía otorgar o no una “certificación” al país en cuestión, dependiendo de si este último cumplía o no con estándares establecidos por los EUA relativos a la conservación de diversas especies de tortugas. La denegación de la “certificación” implicaba la prohibición de importar camarón del país en cuestión.

El OA de la OMC decidió el caso en función de una serie de consideraciones típicas del “discurso constitucional”: en relación con el procedimiento de certificación, no estaba prevista una oportunidad formal para el país solicitante para ser oído, o para que dicho país pudiera responder a los argumentos que se formulan en su contra en el curso del procedimiento de certificación antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar la certificación. Además, no había ninguna decisión formal escrita, fundada, de aceptación o de rechazo,

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 63.

con respecto a las solicitudes de certificación; y los países solicitantes no recibían ningún tipo de notificación especial, ni de aceptación ni de rechazo de la solicitud de certificación, ni de los motivos del mismo; y por último, los procedimientos analizados no preveían ningún mecanismo de revisión ni apelación con respecto al rechazo de una solicitud.

En virtud de estas consideraciones, el OA de la OMC concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades administrativas de los EUA no eran compatibles con las normas y el espíritu del GATT.

¿Estamos en realidad ante un proceso de constitucionalización del esquema de la OMC?; ¿qué efectos puede tener este fenómeno, en relación con las constituciones de los Estados nacionales?

c. La crítica a la idea de la constitucionalización del derecho comercial internacional

Frente a las perspectivas desarrolladas por Petersmann y Cass, existen diversas posturas que se les oponen de varias formas. Entre los críticos más duros está, por ejemplo, Dunoff, quien de manera contundente sostiene que no existe una constitución comercial mundial; los textos de la OMC no se anuncian como una 'constitución' del comercio mundial; ni siquiera crean una especie de legislatura mundial sobre comercio ni otorgan capacidad legislativa o regulatoria autónoma en algún órgano de la OMC; asimismo, afirma que tampoco se establece en los textos de la OMC un sistema constitucional con las características comúnmente asociadas con las estructuras institucionales del constitucionalismo, como separación de poderes o frenos y contrapesos; no establecen tampoco un 'derecho al comercio'; ni otorgan explícitamente al Organismo de Apelación la facultad de establecer un sistema constitucional a través de la interpretación judicial; además, los informes del mecanismo de arreglo de disputas no contienen ninguna referencia a una constitución comercial, y muchos de los estados miembros, incluyendo los de mayor peso económico y comercial como los EUA y la UE, se han negado a dar 'efecto directo' a las obligaciones derivadas de los tratados de la OMC, es decir, los

individuos no pueden invocar las reglas de la OMC ante los tribunales domésticos.⁴⁴²

Para Dunoff, las distintas vertientes de la 'constitucionalización' del derecho comercial internacional tienen en común el objetivo de alejar el comercio internacional del mundo de la política: ya sea en la versión de Petersmann que busca dar un carácter superior e intocable al 'derecho a realizar transacciones transnacionales' (homologándolo a los derechos humanos); o bien, en la versión de Cass que busca 'judicializar' y envolver en lenguaje constitucional el proceso judicial la resolución de disputas comerciales en el esquema de la OMC.⁴⁴³ Asimismo, señala que:

“Los académicos del [derecho] comercial invocan el discurso constitucional en razón del indudable poder que este discurso tiene en círculos jurídicos. Sin embargo, el poder ideológico y simbólico asociado con el discurso constitucional ha provocado poderosas respuestas de aquellos quienes podrían contradecir o negar autoridad constitucional. Paradójicamente, mientras el giro hacia el constitucionalismo puede ser visto como un esfuerzo por cerrar el debate y remover temas del ámbito del debate político, en la práctica los defensores del constitucionalismo han provocado, sin advertirlo, un robusto y productivo debate normativo.”⁴⁴⁴

Para Dunoff, el giro al constitucionalismo puede ser explicado en razón de otro motivo, que refleja una debilidad: desde las protestas de Seattle y Cancún, el esquema de la OMC no puede ya presentarse a sí mismo en términos tecnocráticos, sin necesidad de aceptación popular. Desde esta perspectiva dice Dunoff- el giro al constitucionalismo puede entenderse como un esfuerzo por encontrar un principio de legitimación para un sistema que enfrenta una 'crisis de legitimidad', en una especie de desfase entre el poder de la OMC y la ausencia de una base popular amplia para ejercer ese poder.⁴⁴⁵

⁴⁴² Dunoff, Jeffrey L., “Why Constitutionalism Now?, Text, Context and the Historical Contingency of Ideas”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 1, nos. 1-2, 2005, pp. 197-198.

⁴⁴³ *Ibid.*, pp. 198-200.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 202.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 207.

Por otro lado, se encuentran posturas que, sin contradecir directamente argumentos como los de Petersmann y Cass, desarrollan una perspectiva crítica que ven con preocupación el efecto del derecho de la OMC sobre arreglos constitucionales básicos de los Estados nacionales. Como ejemplo de esta postura podemos mencionar el trabajo de Armin von Bogdandy, quien observa la tensión en la relación entre el derecho económico internacional y la legitimidad, en el sentido de que el primero afecta y debilita a la segunda. En opinión de este autor, el derecho económico internacional es derecho de tratados, y ese derecho tiene el potencial de impactar negativamente la legitimidad nacional, si se entiende esa legitimidad en términos de soberanía democrática efectiva. Y es que, aunque la soberanía democrática se respeta formalmente, el contenido de las reglas es determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo a procedimientos diplomáticos tradicionales, en los cuales el discurso público abierto que podría influir las reglas (discurso que es un elemento esencial de la legitimidad democrática), se limita severamente. Para el referido autor, la autonomía de las élites burocráticas-gubernamentales en el proceso de suscripción de tratados es más grande que en el proceso político nacional. Y esto es particularmente cierto en la OMC: una de las organizaciones con más secrecía en el mundo.⁴⁴⁶

Pero el problema más grave observado por von Bogdandy se da en el efecto que el derecho de la OMC tiene sobre la relación del derecho positivo doméstico con la legislatura y la responsabilidad de ésta última respecto de ese derecho: “el derecho es creado por una legislatura o es por lo menos- en caso del *common law* o del derecho creado por los jueces- bajo su responsabilidad debido a la competencia de la legislatura para intervenir en un momento dado, cambiando o derogando una regla que un proceso de adjudicación autónomo ha desarrollado. Esta positividad del derecho es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: en sociedades

⁴⁴⁶ Bogdandy, Armin von, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, Vol. 5, Springer Wien New York, 2003, pp. 105-106.

democráticas, la mayoría generalmente concebida como un sujeto unitario organizada por medio de un gobierno elegido, puede en cualquier momento intervenir en el cuerpo del derecho y cambiarlo.”⁴⁴⁷

Pero el derecho de la OMC mina esta positividad del derecho en el siguiente sentido: una vez que un tratado entra en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas es restringido severamente- no normativamente, pero en todo sentido práctico:

“A pesar de que la legislación internacional respeta el principio democrático en la medida en que los tratados son negociados y concluidos por gobiernos democráticamente elegidos, incluso, en la mayoría de los casos con el consentimiento del parlamento, modifica totalmente la relación entre derecho y política. Al ratificar el derecho de la OMC la mayoría del momento en la comunidad política pone su decisión en buena medida fuera del alcance de cualquier nueva mayoría. Ciertamente, la autonomía democrática de la nueva mayoría es preservada en alguna medida a través del derecho de retiro, Art. XV OMC. Sin embargo, este derecho apoya la legitimidad democrática de la OMC tanto como el derecho del individuo de emigrar lo hace de la legitimidad democrática de un Estado. No puede ser considerado como suficiente, pues no es una opción realista.”⁴⁴⁸

Por otro lado, observa von Bogdandy que el mecanismo de adjudicación de la OMC es un procedimiento generador de derecho. Es decir, aparte del derecho sustantivo que tiene su base en los convenios de la OMC, existe un cuerpo de normas que se está desarrollando autónomamente a través del procedimiento de arreglo de disputas. Sin embargo:

“En sistemas jurídicos altamente desarrollados, la función creativa de los jueces está democráticamente incrustada ya que el legislador puede intervenir en cualquier momento. Esta posibilidad de intervención conlleva responsabilidad política y, consecuentemente, legitimidad democrática por esos desarrollos. Como se señaló, tal legislador no existe para el derecho de la OMC.”⁴⁴⁹

Como resultado de lo anterior-señala von Bogdandy- hay un cuerpo de derecho que está ligado al proceso político solamente por procedimientos

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 111.

extremadamente incómodos, y una vez ratificados, las normas derivadas de dichos instrumentos son de difícil corrección por parte del proceso político doméstico, con base en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos dentro del Estado: “Debido a todos estos elementos, el derecho de la OMC tiene severas consecuencias en la habilidad de los procedimientos legislativos domésticos para generar legitimidad. Esto implica que la legitimidad del derecho de la OMC en sí misma queda cuestionada. ¿Cómo puede la ciencia jurídica responder a este reto?”⁴⁵⁰

d. Examen del debate

En primer lugar, no considero que pueda darse una transferencia del discurso constitucional de los derechos humanos al ámbito del derecho comercial internacional como lo propone Petersmann. Los derechos humanos pertenecen a una raíz y tradición distinta al tipo de derechos contemplados en los acuerdos de la OMC y sus anexos. Se trata, en el caso de los derechos humanos, de una raíz y tradición elaborada a lo largo de siglos, que tiene por base el concepto de dignidad humana como inherente a toda persona. Dicho concepto irradia, por así decirlo, una serie de protecciones jurídicas frente al abuso del poder político (y según tendencias más recientes también del poder privado),⁴⁵¹ así como frente a la opresión proveniente de condiciones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos.⁴⁵²

⁴⁵⁰ *Ibid.* p. 113.

⁴⁵¹ Recuérdese el concepto de “*Drittwirkung*”, “eficacia frente a terceros” o “efectos horizontales” de los derechos humanos”.

⁴⁵² En el contexto de otro debate, Cotterrell ha identificado también las lógicas distintas de la globalización económica y de los derechos humanos. Así, ha afirmado que la globalización económica sirve primariamente objetivos instrumentales, en donde la autoridad persuasiva en favor de la unificación o armonización del derecho es una mayor eficiencia en asuntos comerciales y otros relacionados con esta materia. En contraste, la universalización de los derechos humanos es un tema que involucra la exportación, recepción o trasplante de valores o creencias fundamentales, en forma jurídica. “These values can be variously interpreted, or confronted by opposing values, in certain settings. Hence the drive for universalism, seeking similarity in human rights jurisdictions, is challenged by so-called cultural relativism that demands the appreciation of difference. Nonetheless, the drive for legal uniformity is very strong given that the universality of the values to be represented in human rights law is powerfully championed. So, respect for human rights is said to be ‘the only regulative principle of state organization which unites every country, race and creed in the world...the ideology at the ‘end of history’”. Cotterrell, Roger, “Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities”, en Harding, Andrew y Örüçü, Esin (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Institute of Advanced Legal Studies, Kluwer Academic Publishers, Reino Unido, 2002, pp. 45-46.

Lo que Petersmann indistintamente denomina ‘derechos económicos’, ‘libertades económicas’, en un pretendido ‘constitucionalismo del libre comercio’,⁴⁵³ en realidad no forma parte del proyecto de los derechos humanos como trata de hacerlo aparecer el referido autor. Lo que sucede, como sugiere Alston, es que Petersmann toma el discurso de los derechos humanos para defender una agenda liberal de corte hayekano.⁴⁵⁴ Se trata de una operación discursiva que busca arropar una teoría y política económica específicas con el manto y la autoridad moral de la tradición de los derechos humanos como ha sido desarrollada por el constitucionalismo moderno.

En efecto, en los trabajos de Petersmann es posible identificar un presupuesto, un punto de partida, considerado como algo dado, autoevidente, indiscutible, como ‘sabido por todos’, que no es sino la propuesta básica de la teoría económica clásica de la ‘mano invisible’, la potencia de las libres fuerzas del mercado para generar y distribuir riqueza y bienestar en una sociedad. Petersmann no discute este paradigma, ni hace referencia alguna a la discusión que sobre el mismo existe entre los economistas. Simplemente lo da por sentado y a partir de ahí construye su discurso.

Sin embargo, hay una suerte de manipulación semántica, consciente o inconscientemente dirigida a formar una representación mental que haga ver al derecho comercial internacional fundamentalmente asociado a, y como consecuencia natural de, la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos. En el fondo, se trata de un ejercicio de persuasión destinado a influir

⁴⁵³ Así lo denomina Howse, en Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, New York, 2002, p. 2.

⁴⁵⁴ Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 4, 2002, pp. 815-844.

normas y valores, que son usadas para evaluar situaciones, personas y actividades e incluso, para legitimarlas.⁴⁵⁵

Esta práctica discursiva enfatiza los valores positivos de la 'libertad' y los 'derechos', con toda la credibilidad y superioridad moral que estos conceptos conllevan, con su alcance universal y naturaleza indivisible, y le asocia a una concepción de política económica particular, presentándolo como en beneficio de todos los individuos de una sociedad. La transposición discursiva de Petersmann busca afirmar que así como los derechos humanos contemplados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todos los individuos, los derechos contemplados en los acuerdos de la OMC también nos protegen a todos. Y todos somos beneficiarios de considerar a estos últimos como de igual naturaleza y características que los primeros.⁴⁵⁶

Ahora bien, considerado desde una perspectiva más general, la formulación de Petersmann ilustra lo que Anderson ha denominado la 'política de la definición',⁴⁵⁷ es decir, la lucha de fuerzas que se da en y en torno al discurso del constitucionalismo de los derechos. En esa lucha, cuya comprensión nos obliga a tomar como punto de partida el reconocimiento de la dimensión retórica del discurso jurídico, se busca presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política.⁴⁵⁸ En última instancia, lo que

⁴⁵⁵ Dijk, Teun van, "Discurso y Manipulación: Discusión Teórica y algunas aplicaciones", *Revista Signos*, vol. 39, no. 60, 2006, pp. 49-74 (versión On-line ISSN 0718-0934) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09342006000100003&script=sci_arttext .

⁴⁵⁶ La operación de Petersman parece corresponder a lo que Walker ha denominado, al examinar las críticas que se hacen al constitucionalismo en el contexto de la globalización, la "explotación ideológica" del constitucionalismo: el constitucionalismo cumple un papel ideológico; muchos actores envuelven sus intereses, ideas y aspiraciones en un ropaje constitucional, no por compromiso real con ciertos estándares normativos o valores, sino por la autoridad simbólica que buscan en ellos. Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318-319.

⁴⁵⁷ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 13-14.

⁴⁵⁸ La preocupación de Anderson está dirigida a lograr la rendición de cuentas constitucional del poder privado, lo cual requiere una nueva política de la definición para modificar el paradigma constitucional vigente: "El premio aquí es presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política, por ejemplo, que el derecho está identificado

Petersmann hace es proponer una nueva política de la definición que otorgue un poderoso apoyo simbólico a la idea de que la libertad de comercio a nivel transnacional, la no discriminación, la libertad de competencia económica, el derecho de propiedad, son derechos humanos de la misma naturaleza y características que los derechos humanos contemplados en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, o en los instrumentos regionales (europeo y americano) de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la pretendida igualdad entre unos y otros derechos propuesta por Petersmann comienza a romperse si de un análisis discursivo pasamos a uno de corte empírico. Y aquí, la pregunta esencial (ya planteada por Howse) es: ¿en nombre de quién y de qué se invocan y se fusionan los discursos de derechos humanos, libre comercio y constitucionalismo?⁴⁵⁹ Y la pregunta es muy relevante, porque el actor, el protagonista principal del esquema de la OMC no es la persona humana en cuanto tal. No lo es el individuo, todas y todos, como portador de una dignidad de la que irradian derechos que oponer frente a los poderosos. El protagonista central del sistema de la OMC son las empresas y, de manera más específica, las grandes empresas que ejercen actividades de comercio a nivel transnacional. Ello ha quedado demostrado a través de diversos estudios que se han venido haciendo para identificar cómo opera el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y quiénes son los actores que en él intervienen.

exclusivamente con el Estado. La política de la definición que prevalece así, privilegia ciertos modos de análisis como de sentido común. En esta perspectiva, las bases epistemológicas no proveen una base neutral dentro de la cual los debates constitucionales pueden tener lugar, sino que son ellos mismos un importante factor que afecta nuestra comprensión de la relación entre el constitucionalismo de los derechos y el poder privado. La política de la definición liberal legalista del constitucionalismo de los derechos está fundada en la distinción central en la teoría liberal entre el estado-que por sí solo es visto como el que potencialmente ejerce poder político opresivo- y el naturalmente libre ámbito de la sociedad civil. Esta distinción justifica la preocupación histórica del constitucionalismo con el poder público, y ha servido a intereses hegemónicos muy bien en el pasado, por ejemplo, al tratar a poderosos actores como las corporaciones como personas jurídicas privadas, con derecho al beneficio, pero no obligadas a llevar la carga, de los derechos constitucionales. Asimismo, ellas continúan informando la práctica moderna que, según la evidencia disponible, sugiere que todavía se ve en términos de procesar demandas de libertades negativas contra el Estado." *Idem*.

⁴⁵⁹ Howse, Robert, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann", Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, New York, 2002, p. 2.

Para explicar lo anterior, comencemos por recordar que entre las funciones principales de la OMC están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos, conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias. En este esquema, los estados miembros se comprometen a ajustar su derecho interno a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos, y a no adoptar medidas (leyes, reglamentos, procedimientos administrativos) que contravengan los estándares del referido organismo intergubernamental.⁴⁶⁰

Asimismo, en caso de que un Estado miembro considere que existen leyes, reglamentos o procedimientos administrativos de otro Estado miembro, que violan los estándares de la OMC (por ejemplo, que significan barreras arancelarias o tratos discriminatorios no justificados), puede acudir al procedimiento de solución de disputas que inicia con consultas entre los Estados involucrados, y que de ahí puede pasar a la decisión del Estado afectado de solicitar la activación de un panel, cuya decisión eventualmente puede ser revisada, en última instancia, por el Organo de Apelación de la OMC, tal y como lo hemos explicado arriba.⁴⁶¹

Habiendo recordado lo anterior, queda claro que quien tiene legitimación activa para intervenir en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, son los Estados miembros. Actores privados, sea individuos o empresas, no tienen tal atribución, al no existir ni estar reconocido de manera alguna el 'efecto directo' del derecho de la OMC, que pudiese ser invocado por actores privados ante los tribunales nacionales. Se trata, pues, de un procedimiento inter-gubernamental, y los Estados tienen la facultad discrecional de decidir si activan o no dicho procedimiento.

⁴⁶⁰ Art. XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh que: "4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

⁴⁶¹ *Vid supra*, Capítulo VI.4.C.

En contraste, y frente a lo anterior, se encuentra el hecho real de que el comercio internacional es principalmente inter-empresarial, realizado entre operadores privados (con la excepción del comercio entre Estados).⁴⁶² Sin embargo, esto no significa que en el litigio en el marco de la OMC los actores privados no tengan cabida alguna. De hecho, se ha demostrado que las empresas con actividad internacional con frecuencia cabildean ante sus Estados de origen y/o a los Estados de recepción de inversión para que presenten demandas contra las medidas de otros Estados en el marco de la OMC.⁴⁶³

En efecto, como ha señalado Shaffer el derecho de la OMC, si bien formalmente un dominio del derecho internacional *público*, beneficia y perjudica a partes *privadas*. Y no a cualquier privado, habría que aclarar, puesto que son los actores mejor conectados, con más recursos, y mejor organizados, quienes con más intensidad y eficacia usan el sistema jurídico de la OMC para hacer avanzar sus intereses comerciales.⁴⁶⁴

Shaffer evalúa cómo es que las empresas privadas colaboran con las autoridades gubernamentales (su ámbito de estudio se centra en los EUA y en la Unión Europea) para impugnar las barreras al comercio ante el sistema jurídico de la OMC y en su sombra. En este sentido afirma:

“La creciente interacción entre empresas privadas, sus abogados, y servidores públicos de los EU y Europeos en presentar la mayoría de las demandas comerciales refleja una tendencia de una toma de decisiones predominantemente intergubernamental, hacia estrategias de litigio privado multinivel que abarca intercambios público-privados en los niveles nacional e internacional. Dadas las reglas de liberalización del comercio de la OMC, esta tendencia tiene una mirada hacia afuera, orientación hacia la promoción de las exportaciones, conformada por retos más sistemáticos, con frecuencia por los intereses comerciales más grandes y mejor organizados, contra las barreras extranjeras al comercio. Las disputas comerciales internacionales no son, en

⁴⁶² Zapatero, Pablo, “Participación Pública y Privada en los Litigios de la OMC”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 16, 2008, p. 3.

⁴⁶³ *Ibid.*, pp.1-2.

⁴⁶⁴ “Un derecho público de la OMC más efectivo incita las estrategias legales privadas de EU y de Europa, que a su vez producen más derecho público de la OMC. El derecho de la OMC de esta manera se convierte en derecho ‘más duro’ a través del cual actores privados ejercen influencia en la sombra.” Shaffer, Gregory C., *Defending Interests, Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2003, p. 3.

consecuencia, puramente públicas o intergubernamentales. Ni reflejan, sin embargo, una simple cooptación por las empresas, particularmente las grandes y bien organizadas, de los servidores públicos. Más bien, implican la formación de asociaciones público-privadas para buscar objetivos variados pero complementarios.”⁴⁶⁵

Y lo mismo observa Zapatero, quien sostiene que en términos técnicos y formales, los procesos del mecanismo de solución de diferencias son interestatales (son los Estados quienes deciden sobre qué se demanda y cómo se defiende el interés general en el marco de los procedimientos). Ello no obstante, observa también importantes fenómenos de ‘participación indirecta no estatal’, con diferente peso a la hora de orientar la “voluntad autónoma estatal”. Así, sostiene Zapatero que la práctica muestra que ciertos actores tienen mayor peso informal sobre la decisión estatal de activar o no los procedimientos (en donde el tamaño de las empresas y el volumen del comercio involucrado son factores importantes). Y esos actores son los grandes operadores privados.⁴⁶⁶

Finalmente, Bown observa que a pesar de que las reglas y procedimientos básicos del mecanismo de resolución de diferencias en el OMC son las mismas para todos los miembros, existe un sesgo en cuanto a la participación en el sistema. Esto es así, en razón de que el esquema exige que los países tengan muchos recursos para monitorear y reconocer violaciones relevantes a la OMC y para pagar los procedimientos jurídicos en casos en los que sus derechos se hayan violado. Además, la naturaleza auto-aplicativa del sistema exige que los países demandantes tengan capacidad de establecer represalias comerciales para amenazar con la imposición de costos económicos a los demandados si no cumplen con las decisiones de los paneles de la OMC. Asimismo, la participación en los procedimientos puede ser inhibida por la existencia de relaciones políticas especiales, ya sea dependencia de asistencia o trato comercial preferencial. Si estos y otros incentivos afectan la conducta en cuanto al litigio, los países pobres, poco poderosos pueden no participar en las actividades de resolución de diferencias que son de interés vital para sus

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁶⁶ El mecanismo ha creado, por tanto, un nuevo nivel de juego para los grandes operadores privados a través de la representación/intermediación estatal. Zapatero, *op. cit.*, pp. 6-7.

intereses comerciales. Así, a pesar de que todos los miembros de la OMC tienen igual acceso al sistema en principio, el uso de las disposiciones de resolución de diferencias puede reflejar un sesgo institucional- esto es, que los países pobres o poco poderosos miembros no participen por los incentivos generados por las reglas y procedimientos de la OMC.⁴⁶⁷

En su análisis empírico sobre los factores que influyen la decisión de litigar o no en el esquema de la OMC, Bown concluye que “La evidencia formal indica que a pesar del acceso al mercado de los intereses en una disputa, un país exportador es menos proclive a participar en el litigio de la OMC si tiene inadecuado poder de represalia comercial, si es pobre y si no tiene capacidad de absorber costos legales sustanciales, si es particularmente dependiente del país demandado en cuanto a asistencia bilateral, o si está involucrado con el demandado en un acuerdo de comercio preferencial. Estas son características típicas asociadas con economías en desarrollo en la membresía de la OMC.”⁴⁶⁸

El esquema de la OMC ha sido diseñado como un instrumento que en última instancia tiene como beneficiarias a las empresas que tienen actividades comerciales internacionales. En ese esquema, los Estados juegan un doble papel. Por un lado, como obligados a ajustar su derecho interno a los estándares establecidos por los instrumentos normativos de la organización; por otro lado, como demandantes en caso de que algún Estado miembro viole dichos instrumentos normativos de alguna manera. En este último caso, los Estados actúan como representantes de los intereses comerciales afectados dentro de su jurisdicción, bajo el presupuesto de que en la defensa de esos intereses particulares existe un interés público (empresas sanas, expansión económica y comercial, mayor empleo a nivel nacional). Se genera de esta manera complejas y sofisticadas estrategias público-privadas multi-nivel, en las que, como bien observa Zapatero, se da la paradoja de que las demandas que promueven las empresas de un Estado tienen como objetivo la retirada de leyes y medidas administrativas que han sido adoptadas, con frecuencia, por

⁴⁶⁷ Bown, Chad P. “Participation in WTO Dispute Settlement: Complaints, Interested Parties, and Free Riders”, *The World Bank Economic Review*, vol. 19, no. 2, 2005, pp. 287-288.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 308.

influencia del cabildeo empresarial de otro Estado (tales como medidas proteccionistas en favor de la industria doméstica). En un escenario como este, los grandes operadores privados (empresas multinacionales) pueden llegar a bloquear, derogar, modificar o promover leyes y medidas internas de forma indirecta si consiguen que un Estado presente una demanda ante la OMC.⁴⁶⁹

En suma, no criticamos que las empresas tengan un marco regulatorio internacional al cual recurrir para garantizar un trato no discriminatorio y protección a sus propiedades. Nuestro objeto de crítica es que se pretenda arropar a dicho marco regulatorio con el manto de la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos como lo pretende hacer Petersmann. En esta tradición, el sujeto protegido es el ser humano, portador de una dignidad que le es propia y los derechos que de ella derivan; en la tradición del derecho comercial internacional, el sujeto protegido son las empresas y sus (legítimos) intereses económicos y ánimo de generar ganancias.

Y algo parecido podríamos afirmar en relación con la visión de Cass que, si bien más cautelosa y moderada que la de Petersmann, hace planteamientos parecidos, aunque desde una perspectiva procedimental. Pero reiteramos: en nuestra opinión, no es suficiente encontrar un parecido entre el discurso del constitucionalismo de los derechos humanos y la argumentación jurídica que se da a nivel de los mecanismos de resolución de disputas de la OMC, para a partir de ello derivar la idea de la 'constitucionalización' del derecho comercial internacional. Esta operación se fija en lo superficial, y no en las condiciones y elementos profundos que caracterizan al constitucionalismo como se ha venido desarrollando por lo menos desde la Ilustración hasta nuestros días.

A nivel lingüístico, la operación de Petersmann y Cass pareciera recurrir a un *eulogismo*, es decir, un término con una carga afectiva, emotiva y/o ética

⁴⁶⁹ "Este complejo juego político entre empresas transnacionalizadas y funcionarios/políticos profesionales de la países desarrollados sortea de forma evidente a la ciudadanía. Por ello son tan importantes las cuestiones de participación pública (versus *privada*) en estos procedimientos; para evitar que los Estados operen como meros apoderados (o *proxies*) de los tenedores de capital organizados tras la forma corporativa transnacional." Zapatero, *op. cit.*, pp. 9-12.

positiva, para caracterizar y calificar a otros términos, de forma tal que participen de tal carga positiva. Y a nivel teórico constitucional, bien podríamos estar ante una versión de lo que Pedro de Vega ha denominado la 'ideología de la Constitución', que es diferente a la 'ideología del constitucionalismo'.

En efecto, para este autor, la 'ideología del constitucionalismo' presupone una concepción de la Constitución que integra los supuestos históricos y valorativos entre los cuales se encuentran el valor de la libertad, pero también el principio democrático. Para de Vega, el gran mérito del iusnaturalismo constructualista fue haber sabido conjugar debidamente la idea democrática y la idea liberal, en el entendido de que si bien sin libertad no cabe hablar de democracia, sin democracia- como supuesto estructural y político de la libertad- no cabe hablar de libertad:

"Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia. Es desde esta óptica desde la que habría que interpretar y comprender como manifestación más significativa del Constitucionalismo actual la expresión *ideología de la Constitución*."⁴⁷⁰

Ahora bien, el hecho de que no estemos de acuerdo con la idea del carácter constitucional del esquema de la OMC, como lo plantean Petersmann y Cass, no significa que la pertenencia de un Estado a este esquema no tiene implicaciones constitucionales. La circunstancia de que un Estado tenga que modificar porciones importantes de su derecho interno para ajustarlo a los estándares de la OMC no puede pasar desapercibida desde una perspectiva constitucional.

⁴⁷⁰ Vega, Pedro de, "Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003, p190-193.

México ingresó al GATT en 1986 y es Miembro de la OMC desde el 1° de enero de 1995. Hasta la fecha, México ha sido parte en 35 disputas en el marco del mecanismo de resolución de diferencias de la OMC. En 21 ocasiones en calidad de reclamante y en 14 como demandado. Pero más allá de estos litigios, resulta pertinente aludir a los ajustes que el gobierno de México ha realizado al sistema jurídico doméstico, en función del esquema normativo de la OMC. Dichos ajustes se han reflejado en cambios legislativos en áreas como la de aranceles, procedimientos aduaneros, normas, inversión extranjera, propiedad intelectual, competencia económica, mejora regulatoria, y compras del sector público, regulación del sector financiero, subsidios, política fiscal, entre otros. Ello es evidente a partir de lo que el propio gobierno mexicano establece en sus informes periódicos ante la Secretaría de la OMC. Por ejemplo, el documento llamado “Examen de las políticas comerciales, Informe de México”, de 7 de enero de 2008, producido por el gobierno mexicano de conformidad con el Acuerdo por el que se establece el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (Anexo 3 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio). En dicho documento, el gobierno mexicano expone puntualmente ante la OMC, cuáles han sido las políticas del país diseñadas y ejecutadas de conformidad con los estándares de la OMC.⁴⁷¹

Por su parte, la Secretaría de la OMC también produce un documento en el que periódicamente se hace un recuento y/o evaluación de las de reformas legislativas y reglamentarias promovidas por el gobierno mexicano, en cumplimiento con los acuerdos de la OMC. Por ejemplo, en la última evaluación, se mencionó las reformas realizadas en tiempos recientes en el sector financiero, así como en relación con las NOMs. Asimismo, se recomendó la realización de una reforma estructural más completa, la cual

⁴⁷¹ El documento (WT/TPR/G/195) se puede consultar en:
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/g195_s.doc .

“contribuiría a reducir los cuellos de botella en esferas como la energía, las telecomunicaciones y el transporte.”⁴⁷²

“La Constitución establece que el Estado debe tener a su cargo la explotación de los hidrocarburos y la generación y distribución de energía eléctrica al público. Una pesada carga fiscal y las subvenciones al consumo han determinado que tanto la empresa petrolera estatal, PEMEX, como las empresas estatales del sector de la electricidad tropezaran con importantes dificultades para la financiación de las inversiones necesarias. Parecería esencial, por consiguiente, llevar a cabo reformas estructurales que aseguren su viabilidad financiera, aumenten su eficiencia y permitan un mejor aprovechamiento de los recursos energéticos de México.”⁴⁷³

Como puede apreciarse, el ingreso de México a la OMC ha implicado la realización de importantes cambios normativos, por lo menos a nivel legislativo. Esto, de suyo, merece una lectura desde una perspectiva constitucional. Pero además, resulta claro que los cambios en algún momento podrían alcanzar el texto mismo de la Constitución, como se desprende de algunas de las recomendaciones de la Secretaría de la OMC arriba mencionadas. De darse esta situación, tendríamos que reconocer a la OMC como un actor relevante del proceso constitucional mexicano, lo cual no encaja con concepciones tradicionales descriptivas y prescriptivas, acerca del origen que tienen y debieran tener las normas constitucionales.

5. Aspectos constitucionales del Capítulo XIX del TLCAN

Suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entró en vigor el 1º de enero de 1994. Sus objetivos principales fueron, como lo son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la

⁴⁷² Documento Examen de las Políticas Comerciales, Informe de la Secretaría, México, de 7 de enero de 2009 (WT/TPR/S/195) generado por el Organismo de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC, p. vii. Se puede consultar en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s195-00_s.doc . El documento pide aclaraciones a México sobre sus políticas y prácticas comerciales, además de hacer recomendaciones.

⁴⁷³ Ibid., p. X

protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral.

El TLCAN consta de diecinueve capítulos, el último de los cuales versa sobre “Revisión y Solución de Controversias en Materia de Cuotas Antidumping y Compensatorias”.⁴⁷⁴ En el presente apartado examinaremos este capítulo, con el objeto de resaltar algunos problemas que se suscitan en la operación de los mecanismos que prevé, desde una perspectiva constitucional. Cabe observar que aunque los laudos de los tribunales arbitrales del TLCAN no tienen valor como precedente obligatorio y vinculante, en la práctica dichos tribunales toman en consideración las decisiones e interpretaciones previas.⁴⁷⁵ Por ello, su análisis resulta indispensable para tener una idea integral de cómo funcionan en el presente, y cómo habrán de funcionar y decidir casos en el futuro.

Para comenzar nuestro análisis, debemos recordar que ante las denominadas prácticas desleales de comercio (dumping o subsidios) por parte de los productores o las autoridades de un país parte del TLCAN, que distorsionan los resultados de la competencia en los mercados internacionales, la industria afectada en razón de una injusta competencia de parte del país exportador (“Daño a una rama de producción nacional”), puede solicitar ante el órgano competente de su gobierno, la imposición de alguna medida antidumping o derechos compensatorios. En el caso de México, dicho órgano es la Secretaría de Economía (antes SECOFI).⁴⁷⁶ Llegado el caso, a dicha secretaría compete realizar una investigación de los productores extranjeros destinada a

⁴⁷⁴ Gantz señala que los tribunales nacionales no tienen competencia efectiva para conocer de la mayor parte de las disputas entre individuos y gobiernos extranjeros o entre gobiernos, debido a la doctrina de la inmunidad soberana, la doctrina del acto de estado, conceptos de cortesía (*comity*) y otras barreras jurídicas. Por ello, los negociadores del TLCAN pensaron en crear un mecanismo para resolver disputas de este género. Gantz, David, “Resolution of Trade Disputes Under NAFTA’s Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico”, *Law and Policy in International Business*, vol. 29, no. 3, 1998, pp. 301-302.

⁴⁷⁵ Strazzeri, Joseph A., “A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002, p. 846.

⁴⁷⁶ El procedimiento también puede iniciar de oficio, en circunstancias especiales, a juicio de la Secretaría de Economía, en los términos del artículo 49 de la Ley de Comercio Exterior.

determinar si han realizado prácticas que constituyan *dumping*, o bien de las actividades del gobierno del país exportador, para determinar si han incurrido en subsidios o subvenciones que tengan por efecto mejorar la posición de sus productores nacionales en la competencia en los mercados internacionales. Si así fuere el caso, la Secretaría puede decretar medidas *antidumping*, bajo la forma de cuotas compensatorias, que tiendan a igualar el precio del producto con su *valor normal* o a reparar el daño causado a la producción del país importador.

Sin embargo, como las decisiones de dichas autoridades nacionales pueden por diversas razones no apegarse a la letra y/o espíritu de las leyes correspondientes, en perjuicio del exportador y/o del importador, los sistemas jurídicos nacionales contemplan mecanismos domésticos de revisión para buscar que tales decisiones se revoken o modifiquen.⁴⁷⁷ En el caso de México, dichos mecanismos internos están conformados, básicamente, por el recurso administrativo de revocación previsto en los artículos 94 a 98 de la Ley de Comercio Exterior; a su vez, la resolución que recae a dicho recurso puede ser impugnada ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuya resolución puede ser impugnada en amparo directo ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda (o bien ante el juez de distrito que corresponda, si es que se alega la inconstitucionalidad de la propia Ley de Comercio Exterior o de su reglamento, lo cual puede llevar el pleito en revisión hasta la sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Ahora bien, el artículo 1904 del TLCAN establece un mecanismo alternativo de revisión de las decisiones dictadas por las autoridades nacionales en casos de las referidas prácticas desleales de comercio. Dicho mecanismo, diseñado de manera análoga al establecido en el pre-existente Tratado de Libre Comercio entre EUA y Canadá tuvo, desde la perspectiva de México, el objetivo de garantizar un acceso seguro al mercado estadounidense mediante el establecimiento de mecanismos objetivos, claros y justos para dirimir

⁴⁷⁷ Ver Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas conexos*, Porrúa, México, 2002, pp. 11y ss.

conflictos.⁴⁷⁸ De esta manera, el primer párrafo de dicho artículo (relativo a la revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias) establece que:

“1. Según se dispone en este artículo, cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.”

Para tener una idea más precisa acerca de lo que significa este mecanismo, debemos hacer referencia a algunas disposiciones del TLCAN, que lo regulan. Así, el párrafo 2 del artículo 1904 establece que una parte implicada podrá solicitar que el panel revise, “con base al expediente administrativo”,⁴⁷⁹ una “resolución definitiva”⁴⁸⁰ sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las “disposiciones jurídicas” en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la parte

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁷⁹ El artículo 1911 del TLCAN **expediente administrativo** significa, a menos que las Partes y otras personas que comparezcan ante un panel acuerden otra cosa: (a) toda la información documental o de otra índole que se presente a la autoridad investigadora competente, o ésta obtenga, en el curso de un procedimiento administrativo, incluidos cualesquiera comunicaciones gubernamentales relacionadas con el caso, así como cualquier acta de las reuniones con una sola de las partes interesadas que se requiera conservar; (b) una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya la fundamentación y motivación de la misma; (c) todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente; y (d) todos los avisos publicados en el diario oficial de la Parte importadora en relación con el procedimiento administrativo”.

⁴⁸⁰ El Anexo 1911 del TLCAN establece que en el caso de México, se entiende por resolución definitiva: “(i) una resolución definitiva respecto a las investigaciones en materia de cuotas antidumping o compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial conforme al Artículo 13 de la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, con sus reformas; (ii) una resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas antidumping o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, como se señala en su lista del Anexo 1904.15, inciso (o); y (iii) una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas antidumping o compensatorias.”

importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.”⁴⁸¹

Por su parte, el párrafo 3 del mismo artículo establece que el panel aplicará los “criterios de revisión” señalados en el Anexo 1911 del TLCAN y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

Para México, el Anexo 1911 del TLCAN establece que el criterio de revisión será el “...establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente.”⁴⁸²

Ahora bien, el texto del artículo 238 del Código Fiscal de La Federación era el siguiente:

“Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

⁴⁸¹ Art. 1904.2 del TLCAN.

⁴⁸² “(a) en el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1 (4) de la *Federal Court Act*, con sus reformas, respecto a toda resolución definitiva;

(b) en el caso de Estados Unidos,

(i) el criterio establecido en la Sección 516A (b) (1) (B) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere al subinciso (ii), y

(ii) el criterio establecido en la Sección 516A (b) (1) (A) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la *U. S. International Commission* en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751 (b) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas;”

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución. Los órganos arbitrales o paneles binacionales, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.”

Hacemos referencia al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, debido a que es el que fue considerado para decidir los primeros casos resueltos en el marco del mecanismo del Capítulo XIX del TLCAN, a los que nos referiremos en detalle más adelante. No obstante, debemos precisar que el artículo 238 fue derogado por el artículo transitorio segundo de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de 1º de diciembre de 2005, a partir de 1 enero de 2006. Ahora, los criterios de revisión aplicables se enumeran en el artículo 51 de esta última ley.⁴⁸³

⁴⁸³ Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo: “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

Por su parte, el artículo 1911 del TLCAN aclara que el término 'principios generales de derecho' incluye "principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, cuestiones sin validez legal y agotamiento de los recursos administrativos". En suma, lo que éste y anterior párrafos significan, es que los paneles de Capítulo XIX del TLCAN son órganos de adjudicación internacional, pero que deciden casos aplicando el derecho doméstico del país correspondiente (incluyendo normas, principios y estándares de revisión judicial internos).⁴⁸⁴

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsa a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo."

Asimismo, el artículo 1904.9 del TLCAN establece que el fallo de un panel en los términos del mecanismo aquí examinado “será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.” Mientras que el artículo 1904.11 del mismo instrumento dispone que 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.”⁴⁸⁵ Finalmente, el artículo 1904.8 del TLCAN dispone cuáles son los alcances que puede tener la resolución del panel, mismos que son “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión.”

No entraremos más en los detalles del procedimiento,⁴⁸⁶ que por lo demás ha sido examinado de manera crítica por parte de distinguidos especialistas en

⁴⁸⁴ Cavazos y Martínez han señalado que este ha sido el problema más importante de los paneles de Capítulo XIX del TLCAN: su competencia para interpretar el derecho doméstico. “Particularmente, parece muy difícil para los panelistas extranjeros articular y aplicar un criterio de revisión con el que no están familiarizados. Ha sido un gran reto para los panelistas aplicar el derecho doméstico (incluyendo los criterios de revisión) exactamente como lo haría un tribunal doméstico.” A su vez, las diferentes interpretaciones de los criterios de revisión han llevado a diferentes niveles de deferencia respecto de la autoridad de investigación competente, lo cual ha creado inconsistencias en las decisiones de los paneles.” Cavazos, Gabriel y Martínez, Luis, “Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience, Ponencia presentada en el Tulane Latin American Law Institute, New Orleans, Louisiana, Junio 26-28, 2002, p.8, disponible en: http://egade.itesm.mx/investigacion/documentos/documentos/22egade_gabriel.pdf.

⁴⁸⁵ Si bien existe la posibilidad de establecer un comité de impugnación extraordinaria en circunstancias especiales, previsto en el Anexo 1904.13, integrado por tres miembros seleccionados de una lista integrada por quince jueces, o personas que lo hayan sido, de un tribunal judicial federal de Estados Unidos o un tribunal judicial de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México.

⁴⁸⁶ Pero no podemos por lo menos mencionar que los tres países parte del TLCAN se comprometieron a realizar varias reformas, a efecto de alcanzar los objetivos del artículo 1904. Dichas reformas se encuentran enlistadas en el artículo 1904.15 del TLCAN. Para el caso de México, la lista de reformas se refiere a la modificación de sus leyes y reglamentos en materia de cuotas antidumping y compensatorias, y otras leyes y reglamentos en la medida en que sean aplicables a la operación de las disposiciones jurídicas sobre cuotas antidumping y compensatorias. Las modificaciones incluyen deberes de las autoridades mexicanas de dar acceso inmediato a la revisión de resoluciones definitivas ante los paneles nacionales; transparencia, acceso a la información dentro de los procedimientos de investigación, deberes de dar razones y fundamentos legales respecto de las resoluciones definitivas, entre muchas otras. Tenemos aquí un claro ejemplo de cómo un compromiso internacional fuerza cambios importantes en el sistema jurídico mexicano, a nivel legal. Cabe señalar que algunos autores han cuestionado el impacto real del TLCAN en la reforma legal en México. En este sentido, López Ayllón ha señalado que: “Algunos autores han identificado los cambios a la legislación

derecho del comercio exterior.⁴⁸⁷ En cambio, desarrollaremos una lectura de este mecanismo desde la perspectiva constitucional, en la medida en que tiene una serie de efectos relevantes sobre el sistema jurídico mexicano. Estamos, a manera de recapitulación, ante un mecanismo de reemplazo de la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas por parte de los paneles binacionales (integrados por personas físicas privadas, la mayoría de los cuales pueden ser no-mexicanos, en los casos de revisión de actos administrativos de autoridades mexicanas);⁴⁸⁸ reemplazo que busca la revisión de actos administrativos de autoridades mexicanas (y en su caso, por supuesto, también de autoridades de EUA y Canadá); revisión que ha de realizarse con base en ciertos ‘criterios de revisión’ que han de servir como parámetro de control; y en que las resoluciones de los paneles son obligatorias y en principio (y por regla general) no revisables.⁴⁸⁹ Sin embargo, la comprensión de los efectos sobre el sistema jurídico mexicano solamente puede completarse a través de una referencia más o menos detallada a por lo menos dos casos que se han resuelto en el marco de los procedimientos

como una consecuencia directa del TLCAN. Creemos que este punto de vista no es del todo exacto. Veamos por qué. Si bien es cierto que este instrumento jugó un papel articulador de muchas de las modificaciones legislativas; en realidad, los cambios en la legislación eran necesarios para implementar la política de apertura económica y comercial, con o sin TLCAN. La atención pública que capturó el Tratado oscureció el hecho de que muchos de los cambios fueron hechos antes de su negociación (véase los anexos 2 y 3). Otras debieron esperar su firma por razones de estrategia política o de negociación. En este sentido, la agenda legislativa quedó relativamente dependiente del Tratado, aunque no por razones de contenido.” López Ayllón, Sergio, *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 203-208.

⁴⁸⁷ Ver por ejemplo, Cruz Miramontes, *op. cit.*; Cruz Miramontes Rodolfo y Cruz Barney, Oscar “Diez años del Capítulo XIX del TLCAN, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evolución Jurídica: Diez años después*, UNAM, México, 2005, pp. 291-337; Giesze, Craig R., “La Revisión y la Solución de Controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias a la luz del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, UNAM, México, pp. 117-149; Patiño Manffer, Ruperto, “El Procedimiento de Revisión Judicial establecido en el artículo 1904 del TLCAN”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, T. II, UNAM, México, 2006, pp. 485-521.

⁴⁸⁸ Los paneles se componen de cinco miembros. Cada Estado parte en una diferencia nombra dos de los cinco miembros del panel. El quinto es nombrado por acuerdo de las partes, y si no hay tal, por sorteo. Ver Anexo 1901.2 del TLCAN.

⁴⁸⁹ Salvo el mecanismo de salvaguarda previsto en el artículo 1904.12 y el Anexo 1904.13 del propio TLCAN.

previstos en el Capítulo XIX del TLCAN, mismos que serán examinados a continuación.

A. Expediente MEX 94-1904-02

A raíz de la denuncia presentada por el productor nacional Altos Hornos de México S.A. de C.V. la SECOFI inició un procedimiento administrativo de investigación el día 4 de diciembre de 1992, a efecto de determinar si las importaciones de placa de acero en hoja originarias y procedentes de EUA, eran realizadas en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. El 2 de agosto de 1994, se publicó en el DOF la resolución definitiva del caso, en la cual se determinó la existencia de daño a la industria nacional productora de placa de acero en hoja como consecuencia directa de las importaciones de las referidas mercancías originarias y procedentes de los EUA, en condiciones de discriminación de precios. Por esta razón, la SECOFI resolvió imponer cuotas compensatorias a los productos exportados por USX Corporation y a Bethlehem Steel Corporation.

A su vez, dichas empresas de los EUA presentaron ante la Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN una solicitud de revisión de la resolución definitiva emitida por la SECOFI, a raíz de lo cual quedó integrado el correspondiente Panel Binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN.

En su decisión, dictada el 30 de agosto de 1995 y publicada en el DOF hasta el 11 de septiembre de 1995, el panel decretó la ilegalidad de la resolución definitiva y ordenó su devolución a la SECOFI para que adoptara medidas no incompatibles con la decisión del panel. Asimismo, el panel ordenó que la SECOFI debería emitir nueva resolución en la que dispondría que: 1. Las exportaciones de USX y Bethlehem de las mercancías objeto del procedimiento se podrían importar al territorio mexicano sin la aplicación de cuota compensatoria alguna; y 2. Cualquier pago o garantía por concepto de cuotas compensatorias efectuado por las referidas empresas ante las autoridades competentes, con objeto de importar las mercancías manufacturadas por ellas, sería devuelto o cancelado según fuera el caso.

No entraremos aquí al análisis de todos los detalles técnicos contenidos en la resolución del panel binacional en este caso.⁴⁹⁰ No obstante, debemos identificar algunos de los razonamientos contenidos en la resolución por la relevancia que pueden tener para la perspectiva constitucional que aquí desarrollamos.

En este sentido, en primer lugar debemos observar que la mayoría del panel⁴⁹¹ consideró que para el caso de México, la revisión que al panel tocaba realizar reemplazaba la revisión judicial que en su caso habría correspondido al (entonces todavía) Tribunal Fiscal de la Federación. En segundo lugar, el panel hizo notar el “descuido técnico” contenido en el artículo 1904 párrafo 2 al no hacer referencia a las constituciones de las partes como fuente principal de la ley antidumping:

“Sin embargo, en la medida que las disposiciones constitucionales mexicanas, ya sea de manera expresa o por interpretación judicial, afecten el ámbito de la legislación antidumping o del mencionado criterio de revisión, este Panel considera que está obligado a tomar tales disposiciones constitucionales en consideración. Ninguna de las Partes en este proceso de revisión ha argumentado en contrario. Además, el Panel hace notar que la definición de ‘derecho interno’ del artículo 1911, para propósitos del artículo 1905 párrafo 1, impone a este panel la obligación de aplicar la Constitución al mismo tiempo que las leyes, reglamentos y precedentes judiciales, lo que permite salvaguardar el sistema de revisión ante los paneles binacionales.”⁴⁹²

Por lo tanto, la mayoría del Panel interpretó que sus atribuciones emanadas del artículo 1904 párrafo 2 del TLCAN, en el contexto mexicano, requerían que al examinar la resolución definitiva emitida por la autoridad investigadora se

⁴⁹⁰ Para este enfoque se pueden revisar los trabajos de Cruz Miramontes, *op. cit.*, pp. 173-181; y López Ayllón, Sergio, “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, no. 18, sept-dic, 1995, pp. 235 y ss.

⁴⁹¹ El panel se integró con dos expertos mexicanos y tres norteamericanos. La decisión fue adoptada por mayoría de tres contra dos (la mayoría estuvo conformada por dos norteamericanos y un mexicano).

⁴⁹² Revisión de la Resolución definitiva de la investigación antidumping sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de América (Exp. No. Mex: 94-1904-02), publicado en el DOF del 11 de septiembre de 1995, pp. 12 y 13.

estableciera si se había dictado conforme a las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, que en este caso eran: i) la Constitución; ii) el derecho de los tratados; iii) las leyes; iv) los precedentes legislativos; v) los reglamentos; vi) la práctica administrativa; y vii) los precedentes judiciales, en la misma medida en que el Tribunal Fiscal los hubiera tomado en consideración. Reconoció la mayoría del panel que estas disposiciones entre sí no tenían la misma jerarquía, pues el artículo 133 de la Constitución señalaba (como todavía señala) que la Constitución prevalecía sobre cualquier otra ley, las leyes emanadas de la Constitución y los tratados tienen similar jerarquía, en un tercer nivel se encuentran las leyes federales que a su vez son de mayor jerarquía que los reglamentos.⁴⁹³ Asimismo, para la mayoría del panel, en materia de leyes federales se aplica el principio de que una ley posterior deroga a la anterior.⁴⁹⁴

El panel concluyó así que su decisión debía fundarse en las disposiciones mencionadas ‘en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.’ Por lo tanto, el panel consideró que para cumplir con lo anterior debía observar los métodos de interpretación jurídica utilizados por los tribunales locales (v.gr. el Tribunal Fiscal), al aplicar diversas disposiciones antidumping. Los paneles binacionales-sostuvo- se establecen para ‘reemplazar’ la revisión judicial de una resolución administrativa, por lo que el panel no podía resolver con fundamento en un derecho sustantivo distinto del que aplicaría un tribunal local, y tampoco podía aplicar un criterio de revisión diverso al que utilizaría un tribunal nacional.⁴⁹⁵

⁴⁹³ En la época en que se emitió la decisión del panel binacional analizada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación todavía no había emitido el criterio según el cual (y cito aquí los rubros de la tesis respectivas) los “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la constitución federal” (amparo en revisión 1475/98); ni aquel otro según el cual los “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. interpretación del artículo 133 constitucional.” (amparo en revisión 120/2002).

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 12-13.

Asimismo, el panel binacional consideró que como criterio de revisión debía entenderse no solamente el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, sino también otras disposiciones relacionadas, como el artículo 237 y el 239 del propio Código. En particular, este último era relevante, pues se refería a la posibilidad de que el TFF declarase la nulidad de la resolución impugnada. Por ello el panel consideró que tenía competencia para aplicar las leyes mexicanas y para emitir una resolución mediante la cual instruyera a la autoridad investigadora para que modificara su resolución definitiva de tal manera que se tuviera por concluido el procedimiento.⁴⁹⁶

La visión sobre el auto-asumido papel constitucional del panel se puede observar con gran claridad en el siguiente párrafo:

“En segundo lugar, el Panel hace notar que el Tribunal Fiscal tiene la facultad, en términos de los artículos 238, fracción I y 239 del CFF para declarar nula de pleno derecho la resolución de una dependencia, en situaciones en que los derechos fundamentales son transgredidos por la autoridad, particularmente en los casos que se encuentran incorporados en el texto de las diversas fracciones del artículo 238 del citado ordenamiento. En estos casos, los paneles binacionales necesitan contar con un recurso similar y efectivo para poder remediar dichas violaciones. Si se interpretase el artículo 1904, párrafo 8 del TLCAN en el sentido de limitar la función del panel binacional en este aspecto, los paneles no tendrían la capacidad de remediar dichas ilegalidades al establecer que las disposiciones constitucionales fundamentales han sido violadas por la autoridad investigadora sin contarse con un recurso efectivo para estas situaciones.”⁴⁹⁷

Con base en las consideraciones referidas, el panel argumentó que las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana habían sido violadas por la resolución definitiva impugnada, en razón de que las dependencias administrativas de la SECOFI que intervinieron en la substanciación del procedimiento de investigación antidumping en sus primeros meses (la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales y la Dirección de Cuotas Compensatorias), no tenían competencia para hacerlo. El panel consideró que estas autoridades no fueron debidamente creadas ni facultadas de acuerdo a las exigencias de la

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 16.

legislación mexicana por lo cual la resolución definitiva que se fundó en dichos actos debía ser declarada ilegal y por lo tanto “anulada de pleno derecho”.⁴⁹⁸

Además, el panel consideró que las visitas domiciliarias realizadas por la SECOFI en el curso del procedimiento administrativo de investigación, no habían cumplido con todas las formalidades establecidas en el artículo 16 constitucional (constar en mandamiento escrito, ser emitidas por una autoridad competente; expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena la visita; expresar el objeto que persigue la visita; y llenar los demás requisitos que fijen las leyes de la materia).

Finalmente, el panel concluyó que la autoridad investigadora “no actuó conforme a los principios fundamentales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”) y el derecho mexicano aplicable.”⁴⁹⁹ En suma, un panel binacional del Capítulo XIX del TLCAN reemplazó a los tribunales mexicanos y anuló un acto administrativo de un órgano público federal mexicano, por ser contrario a la Constitución mexicana. En puridad, ejerció una función de control de constitucionalidad de un acto de autoridad.⁵⁰⁰

Para Zamora, el caso demostró ser inusual no sólo por el resultado, sino por las razones en que el panel basó su decisión. La mayoría-un practicante del derecho de EU, un profesor de derecho de EU y un mexicano experto en derecho aduanero- concluyeron que la SECOFI no tenía autoridad para establecer las medidas compensatorias antidumping. Más que realizar un examen sustantivo de la determinación de la SECOFI, la mayoría sostuvo que

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁰⁰ Dos de los panelistas decidieron emitir un voto particular en el cual consideraron, básicamente, que había elementos suficientes como para estimar que el órgano de la SECOFI encargado de la investigación antidumping sí era legalmente competente para ello; que no hubo vicios en el procedimiento que hayan trascendido al sentido de la resolución definitiva de la SECOFI; pero que el hecho de no revelar el documento producido por el consultor externo de SECOFI o de no revelar el nombre del consultor de la SECOFI dentro de su investigación antidumping, equivalía a una violación al artículo 14 de la Constitución mexicana “...debido a que el alcance de la investigación (relativa a similitud de producto) y la valoración de la capacidad pueden haber estado fundados (potencialmente en gran medida) en el trabajo de un consultor no identificado, cuyo dictamen técnico y potencial de conflicto de intereses no pudieron ser objetados.” Voto Particular de los Panelistas John Barton y Gustavo Vega Cánovas, DOF 11 de septiembre de 1995, p. 46-75.

la oficina dentro de la SECOFI que llevó a cabo la investigación no estaba adecuadamente constituida de acuerdo al derecho mexicano. Consecuentemente, según el artículo 16 de la Constitución Mexicana, cualquier acto realizado por una agencia mexicana carecía de fuerza legal. El panel interpretó el TLCAN y sus reglas de procedimiento del Capítulo 19 para requerirle juzgar el caso de la misma manera que lo decidiría un tribunal mexicano- en este caso, el Tribunal Fiscal de la Federación. La mayoría sostuvo que el Tribunal Fiscal habría determinado que la decisión de la SECOFI era nula, ya que la oficina que realizó la investigación antidumping no estaba establecida en concordancia estricta con el derecho procesal mexicano. El panel ni siquiera consideró el tema sustantivo de si las cuotas compensatorias eran adecuadas, sino que remitió el asunto a la SECOFI con órdenes de anular las cuotas (lo cual SECOFI cumplió, si bien con cierta renuencia). Para Zamora, el punto importante es que un panel de arreglo de disputas no mexicano, en que la mayoría de los miembros no tienen entrenamiento en derecho mexicano, realizaron una interpretación significativa del derecho constitucional mexicano.⁵⁰¹

B. Expediente MEX 94-1904-01

Como resultado de la investigación administrativa 36/92 (cuyo objeto fue examinar la existencia de dumping en las importaciones de acero plano recubierto procedentes de los Estados Unidos de América), la SECOFI emitió una resolución definitiva publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 1994. El procedimiento administrativo referido se realizó a partir de la petición de la empresa mexicana Industrias Monterrey S.A. de C.V., contra las importaciones de placa en hoja originarias y procedentes de los EUA.

En su resolución definitiva (publicada en el *Diario Oficial* el 2 de agosto de 1994) la SECOFI determinó que (1) los productos investigados de parte de

⁵⁰¹“La decisión puede no contar formalmente como un precedente judicial en México. De hecho, bajo el derecho civil mexicano, la oportunidad de los tribunales de crear precedente judicial está severamente limitada. Sin embargo, el caso trae a la luz un hecho importante.... En este caso, un panel arbitral compuesto por ciudadanos privados, cuya mayoría no eran siquiera mexicanos- determinó que el gobierno debe seguir estrictamente el derecho.” *op. cit.*, pp. 636-637.

ciertas empresas en los Estados Unidos, se importaron a México a precios dumping, y (2) que los productos importados en condiciones de dumping por algunas de esas empresas amenazaban con causar daño a la industria nacional que producía productos similares en México. En razón de lo anterior, la SECOFI impuso las cuotas compensatorias correspondientes.

Ante esta resolución, dos de las empresas norteamericanas afectadas, USX Corporation e Inland Steel Company, presentaron el 1 de septiembre de 1994 una solicitud de revisión ante un panel ante la Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN, contra la referida resolución definitiva de la SECOFI del 2 de agosto de 1994. Ante esta solicitud, se integró un Panel Binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN, con el objeto de revisar la resolución definitiva dictada por la SECOFI.

Agotado el procedimiento de revisión conforme al Capítulo XIX del TLCAN, el Panel Binacional, con tres votos a favor y dos en contra, decidió devolver la resolución definitiva en cuestión a la SECOFI, declarando ilegales diversas resoluciones administrativas comprendidas en la resolución definitiva impugnada, en términos del artículo 238, fracción I del Código Fiscal de la Federación. Además, ordenó a la SECOFI modificar la resolución definitiva, adoptando medidas no incompatibles con la decisión del propio panel.

El principal razonamiento del panel para declarar la ilegalidad de la resolución definitiva, consistió en que los actos administrativos que se llevaron a cabo en el periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 1992 y el 1 de abril de 1993, en el curso de la investigación sobre dumping, no fueron realizados por funcionario competente, en virtud de que la autoridad administrativa que emitió dichos actos no estaba legalmente establecida. En efecto, el panel encontró que las dos oficinas administrativas que intervinieron en el procedimiento de investigación (la Dirección de Cuotas Compensatorias y la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales, ambas de la SECOFI), no se mencionaban en ninguna ley ni en ningún reglamento interior expedido por el Presidente de la República. Por lo tanto-concluyó el panel- ninguna de ambas entidades administrativas a las que se hacía referencia en los documentos

expedidos a nombre de la autoridad investigadora antes del 1 de abril de 1993 había sido legalmente establecida, de conformidad con lo prescrito por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.⁵⁰² Por estas razones, y con fundamento en la fracción I del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación,⁵⁰³ se declaró la ilegalidad de la resolución definitiva.

De particular relevancia para nuestro análisis son una serie de consideraciones realizadas en este caso por el Panel en su resolución, debido a que se refieren al alcance y naturaleza de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN y su relación con y posición en el sistema jurídico mexicano.

En primer lugar, observó el panel, sobre sí mismo (a diferencia de la opinión de la mayoría del panel en el caso anterior) que no era el Tribunal Fiscal de la Federación ni poseía las mismas características, atribuciones y competencia de dicho tribunal. En este sentido consideró que:

“Mientras que la competencia y las atribuciones del Tribunal Fiscal de la Federación se rigen plenamente por el derecho mexicano, en particular por diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación, la competencia y las atribuciones de este Panel se rigen por el TLCAN en primer término, y por el derecho mexicano únicamente en la medida que lo disponga el propio TLCAN al especificar el criterio de revisión aplicable y al señalar, en el artículo 1904(2), que el Panel debe aplicar derecho mexicano "en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente". Según lo señalado más adelante, se trata de una competencia más específica y limitada, lo que puede tener por consecuencia que el resultado de la revisión por un panel difiera de la que llevaría a cabo el Tribunal Fiscal de la Federación.”⁵⁰⁴

Por otro lado, el panel aceptó plenamente la conveniencia de que los paneles resuelvan de modo similar a como lo haría un tribunal interno, como forma de

⁵⁰² De cuyo artículos 14, 16 y 18 se desprende que la creación y atribución de competencias de las unidades administrativas dentro de las secretarías de estado de la federación, corresponde a la ley o al reglamento interno respectivo que expida el Presidente de la República.

⁵⁰³ Que dispone: “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.”

⁵⁰⁴ Ver decisión del tribunal arbitral en el expediente Expediente MEX 94-1904-01.

promover la consistencia y la uniformidad de las decisiones. Sin embargo, a diferencia del Tribunal Fiscal de la Federación,⁵⁰⁵ el Panel consideró que carecía de facultades para declarar la nulidad de la resolución impugnada, puesto que dentro de las facultades conferidas al panel por el artículo 1904.8 del TLCAN no estaba comprendida la de declarar la "nulidad" de las resoluciones administrativas de SECOFI. Solamente podía confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad investigadora, con el fin de que se adoptaran medidas no incompatibles con su decisión. El panel razonó que debía actuar dentro de los límites expuestos del texto del TLCAN.

De particular importancia resulta la reflexión que el panel realiza en relación con lo que denomina la "doble dimensión" de la impugnación de la competencia de la autoridad investigadora planteada por las empresas reclamantes: la dimensión constitucional y la legal.⁵⁰⁶ Así, el panel razona que la "competencia constitucional" se deriva de las disposiciones de la Constitución mexicana y se protege a través del juicio de amparo en relación con la garantía constitucional contenida en el artículo 16 (principio de autoridad competente). Pero por otro lado, señala el panel que la "competencia legal" se relaciona con las disposiciones legales o decretos emitidos por el Poder Legislativo. En esta perspectiva, y en razón de que el panel se asume a sí mismo como análogo al Tribunal Fiscal de la Federación, y no a un tribunal de amparo, consideró dicho panel que le correspondía examinar las violaciones a la competencia legal que se planteasen en términos de la fracción I del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y de cualesquiera leyes o reglamentos que se refieran a la SECOFI y que establecieran la competencia de sus funcionarios, y solamente de manera "indirecta" le tocaba examinar las violaciones a la garantía individual consagrada en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución.

En dos párrafos cruciales, se puede ver la esencia del razonamiento del panel, en relación con su competencia para aplicar o no la Constitución mexicana:

⁵⁰⁵ Y en sentido contrario al razonamiento del panel en el caso anteriormente referido.

⁵⁰⁶ El panel dice referirse a esta doble dimensión "conforme a una distinción establecida por tribunales mexicanos." Párrafo 52.

“53. En vista de esta doble dimensión de la competencia, se plantea la pregunta de si este Panel está facultado para resolver las cuestiones de constitucionalidad aducidas por las partes. Ni el capítulo XIX del TLCAN ni las Reglas de Procedimiento proporcionan respuesta clara a esta interrogante. No obstante, puesto que el Panel puede aplicar derecho mexicano "en la medida que un tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos", sería razonable que el Panel buscara orientación en los reglamentos, prácticas administrativas y precedentes judiciales respecto de los cuales una parte haya planteado argumentos sobre constitucionalidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

54. Ni la Constitución ni su Ley Orgánica, así como tampoco el Código Fiscal de la Federación, autorizan al Tribunal Fiscal de la Federación para resolver directamente sobre la constitucionalidad de un acto, porque dicho tribunal es un tribunal de carácter administrativo. Por otra parte, dos tesis emitidas por ese mismo tribunal y que han sido proporcionadas a este Panel, establecen que a fin de determinar la nulidad de un acto de una dependencia administrativa, el Tribunal Fiscal de la Federación debería fundar su resolución con referencia a la Constitución. Sin embargo, este Panel no tiene necesidad de decidir si posee facultad para revisar cuestiones de constitucionalidad conforme al derecho mexicano, ya que el criterio de revisión establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación limita la revisión a las cuestiones de legalidad.”

Eventualmente, así precisamente lo hizo el panel binacional. Es decir, se basó en el artículo 238, fracción I del Código Fiscal de la Federación para declarar la ilegalidad de la resolución definitiva de la SECOFI, si bien, a diferencia de la decisión del panel en el caso MEX 94-1904-02, no decretó la nulidad de dicha resolución, sino que se limitó a devolverla a la autoridad investigadora para que dictase medidas no incompatibles con la decisión del panel.

Ahora bien, el caso relativo al expediente MEX 94-1904-01 no terminó con la referida resolución del panel binacional, puesto que el 21 de octubre de 1996, las empresas reclamantes presentaron en su contra un juicio de amparo. Ello abrió otra línea de discusión desde el enfoque constitucional que es preciso examinar.

En esencia, la parte quejosa alegó que el contenido del laudo del panel binacional violaba en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, debido a que no había decretado la nulidad de la resolución definitiva de la SECOFI, a pesar de haber reconocido la

incompetencia de la autoridad que substanció el procedimiento de investigación antidumping y, en consecuencia, de haber declarado la ilegalidad de la resolución.

Tocó conocer del amparo al Séptimo Juzgado de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, quien antes de entrar al análisis de la constitucionalidad de los actos reclamados, realizó un examen sobre la procedencia del juicio contra el laudo de un panel binacional del Capítulo XIX del TLCAN. Como se verá a continuación, el juez de distrito centró su atención en tratar de responder la siguiente pregunta: ¿tiene un panel binacional del Capítulo XIX del TLCAN el carácter de autoridad para los efectos del juicio de amparo? Ante la cual, el juez de distrito desarrolló dos líneas de argumentación: el esclarecimiento del concepto de “autoridad responsable” y la aclaración del concepto de “arbitraje”.

En la primera línea, después de referirse a los antecedentes históricos del concepto de ‘autoridad responsable’ en el juicio de amparo hasta llegar a la definición del artículo 11 de la Ley de Amparo vigente,⁵⁰⁷ el juez de distrito consideró que dicho artículo remitía a la necesidad de definir, a su vez, lo que es un ‘acto de autoridad’.

Con base en lo anterior, el juez de distrito observó que el concepto jurisprudencial de acto de autoridad ha variado en el transcurso del tiempo. De esta manera, identifica las siguientes etapas en su evolución:

A. en una primera etapa, el término ‘autoridades’ para los efectos del amparo, comprendía a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar, no como simples particulares, sino como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho mismo de ser pública la fuerza de que disponen (bajo ese concepto, debe entenderse que el amparo

⁵⁰⁷ Para el artículo 11 de la Ley de Amparo en vigor, tiene el carácter de autoridad responsable ‘...la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.’

procede, no solamente contra autoridades legítimamente constituidas, sino también contra meras autoridades de facto, por más que se las suponga usurpadoras de atribuciones que legalmente no les correspondan).⁵⁰⁸

B. en una segunda etapa, el juez de distrito observó que el criterio que debía servir de norma para definir en qué casos se está en presencia de un acto de autoridad, debía referirse a la naturaleza misma de esos actos, los que podían ser, una resolución que afectara a los particulares o actos de ejecución con esa misma característica, provenientes, unos y otros, de órganos del Estado, dentro o fuera de las órbitas de sus atribuciones legales. Esta forma de entender el acto de autoridad pretendió superar la limitación derivada del anterior criterio, que tomaba en cuenta únicamente a los actos que tenían ejecución material y que, para llevarla a cabo, utilizaran la fuerza pública, excluyendo aquellos casos en que el acto de autoridad consistía en una conducta omisiva, que no conllevaban ejecución alguna, o cuando, también sin ejecución, la autoridad emitiese un acto declarativo o prohibitivo.

C. en una tercera etapa, el juez de distrito identificó el criterio según el cual son actos de autoridad los actos que afectan la esfera legal de un particular, es decir, los actos unilaterales por los que se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado, que conllevan el ejercicio del poder de imperio, independientemente de la naturaleza del órgano que lo ejerce. Este nuevo criterio buscó superar las dificultades que se venían presentando respecto a la procedencia del juicio de amparo en contra de actos de los organismos públicos descentralizados del Estado (con personalidad jurídica y patrimonio propios, como por ejemplo, el IMSS).

El juez de distrito deja hasta ahí, provisionalmente, el examen del concepto de autoridad responsable en derecho mexicano, para abordar el examen del otro concepto que considera importante estudiar: el concepto de arbitraje. Esto era

⁵⁰⁸ Como ejemplo de este significado, cita el juez de distrito la tesis: "AUTORIDADES. PARA LOS EFECTOS DEL "AMPARO. QUIENES LO SON. El término "autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen." Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, Tomo IV, página 1077.

necesario-sostuvo-en razón de que los llamados paneles binacionales eran, en propiedad, tribunales arbitrales que resuelven disputas mediante la emisión de laudos. En este sentido, señala el juez de distrito, el arbitraje es una forma heterocompositiva, es decir, una forma de solución de un litigio mediante la intervención de un tercero imparcial, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, y que se ha desarrollado como una institución paralela a dicho proceso judicial.

Asimismo, consideró el juez que el éxito en el empleo del arbitraje como medio de solucionar una controversia está condicionado por la actitud conciliatoria de las partes en el conflicto durante las distintas etapas del procedimiento (formular el compromiso arbitral, la constitución del tribunal y la presentación del caso). Y también identificó la existencia de diversos tipos de procedimientos que se incluyen dentro del término genérico de arbitraje (la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho), entre los cuales se encuentra el arbitraje denominado *ad hoc*, que se efectúa caso por caso en la medida que se suscitan las controversias. Además, observó el juez de distrito que se ha venido dando la gestación de organismos que sirven para arbitrar controversias de forma permanente, dando lugar con ello al arbitraje institucional, caracterizado por la presencia de organismos profesionales que sirven a las partes para proporcionar una lista de árbitros y, además, un conjunto de reglas adecuadas al tipo de litigio a resolver, tal como era el caso del panel binacional que emitió el acto reclamado.

Por otra parte, el juez de distrito observó que tradicionalmente, los laudos emitidos por un árbitro o un tribunal arbitral no han sido considerados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como actos de autoridad susceptibles de impugnarse a través del juicio de amparo, pues sus actos no son de una autoridad, en ejercicio de la función pública, sino atendiendo a intereses privados.

Posteriormente, y después de desarrollar una reflexión sobre la posición del TLCAN en el derecho mexicano (con base en una interpretación del artículo 133), concluyó que dicho tratado forma parte del derecho interno mexicano, y

que al estar previsto el panel binacional en una norma de dicho tratado, debía entenderse que se había incorporado al derecho nacional, constituyéndose en un tribunal que se había integrado también al orden jurídico nacional.

Según el juez de distrito, los tribunales que se constituyen de conformidad con el artículo 1904 del citado tratado, tienen la facultad, atribuida directamente a ellos y no a otra autoridad previamente constituida, de ordenar que la autoridad investigadora realice ciertas conductas para corregir los vicios que advierta en su actuación. Además -señaló también el juez de distrito- la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, no tenía jurídicamente la posibilidad de incumplir el laudo dictado por un tribunal constituido de conformidad con el artículo 1904 del TLCAN

En este orden de ideas-señaló el juez de distrito- debía concluirse que si la conducta de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ordenada por el panel binacional constituido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1904 para resolver el caso MEX-94-1904-01, incidía necesariamente en la esfera jurídica de los particulares que fueron partes del procedimiento, el laudo reclamado en el respectivo juicio de garantías sí era un acto de autoridad susceptible de impugnarse a través del juicio de amparo, máxime que su obligatoriedad derivaba directamente de una norma jurídica mexicana, potestad pública, que podía afectar las garantías individuales de los particulares. De esta manera, el juez de distrito estableció la procedencia genérica del amparo contra un laudo de panel binacional y, concretamente en contra del laudo arbitral de 27 de septiembre de 1996 emitido en el procedimiento del panel binacional constituido de conformidad con el artículo 1904 del Tratado de "Libre Comercio de América del Norte en el caso MEX-94-1904-01, relativo al procedimiento de revisión de la resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de agosto de 1994.

Sin embargo, y a pesar de haber determinado la procedencia genérica del juicio de amparo, el juez de distrito advirtió que en el caso se actualizaba la causal de improcedencia prevista en el artículo 114, fracción II, de la Ley de

Amparo, en relación con el artículo 73, fracción XVIII, del propio ordenamiento legal, debido a que la resolución en contra de la cual se promovía el amparo no tenía el carácter de definitiva para los efectos del amparo.

Invocando la fracción II del artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior,⁵⁰⁹ el juez de distrito determinó que el laudo del panel binacional no podía considerarse como definitivo para los efectos del amparo, sino que, en cualquier caso, tal definitividad correspondería a la resolución que en devolución adoptase la SECOFI, en cumplimiento del referido laudo (conforme al artículo del TLCAN).

En razón de lo anterior, y conforme al artículo 74, fracción III de la Ley de Amparo, el juez de distrito sobreseyó el juicio, al actualizarse la referida causal de improcedencia. Sin embargo, también aclaró el juez de distrito que lo anterior no cerraba la posibilidad de que la quejosa pudiese reclamar, si lo considerase pertinente, un juicio de amparo contra la resolución definitiva que dictase la SECOFI en cumplimiento del laudo, y con ello combatir al propio laudo, dado el carácter vinculatorio de la decisión emitida por el panel, que obligaba a constreñir a la SECOFI su resolución a la de ese organismo de solución de controversias, establecido en el artículo 1904 del TLCAN.

Ante tal resolución, las quejas interpusieron el recurso de revisión, que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito decidió remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitando que ejerciera la facultad de atracción, por el interés y trascendencia que representaba el asunto, en atención a dilucidar sobre la procedencia del juicio de amparo contra las resoluciones que emitan los paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN.⁵¹⁰

Así fue como se abrió en la Suprema Corte el expediente del amparo en revisión 280/98, en el que los agravios expuestos por la quejosa recurrente

⁵⁰⁹ Artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior: "II. Sólo se considerará como definitiva la resolución de la Secretaría dictada como consecuencia de la decisión que emane de los mecanismos alternativos".

⁵¹⁰ Resolución de fecha 3 de diciembre de 1997, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Amparo en Revisión RA-2306/97.

consistieron esencialmente en lo siguiente: el procedimiento ante el panel binacional debía verse como autónomo respecto del procedimiento de la investigación conducido por la SECOFI, que además sustituía o reemplazaba a la llamada revisión judicial, que en México es el juicio de nulidad ante el (entonces) Tribunal Fiscal de la Federación. Por ello, no podía entenderse, como lo hacía el juez de distrito, que el procedimiento formaba parte integrante del procedimiento administrativo de investigación en que se dictó la resolución definitiva impugnada ante el propio Panel Binacional. En razón de esto, el laudo del panel debía entenderse como 'definitivo' y por ello, debía considerarse que contra él procedía el juicio de garantías.

La Segunda Sala no discutió el tema del carácter de autoridad o no del panel para efectos del juicio de amparo, sino que centró su atención en un punto más bien formal: la quejosa recurrente no había atacado la idea de la unidad entre el procedimiento de investigación y la resolución del panel; unidad de la cual se seguía que el laudo no podía considerarse con la definitividad requerida para la procedencia del juicio de amparo. Por ello, correspondía sobreseer el juicio, tal y como lo había hecho el juez de distrito.

Finalmente, consideró la Sala que en relación al procedimiento seguido ante el panel binacional, no se estaba en presencia de un juicio en estricto sentido, sino de un procedimiento seguido en forma de juicio (lo que precisamente había motivado a las quejas a promover amparo indirecto, y no directo). A su vez, esto significaba que el laudo del panel no gozaba de la fuerza derivada del poder de imperio (como lo tienen las sentencias por los tribunales en los juicios propiamente dichos), ya que el panel no contaba con facultad alguna que le permitiera obligar a la SECOFI al cumplimiento del laudo. En otras palabras, señaló la Sala, los paneles binacionales que se constituyen de conformidad con el TLCAN, tienen la característica de no estar investidos de imperio que les permita hacer cumplir sus determinaciones, si no era a través de la SECOFI, tal y como acontecía en la especie. Por todo lo

anterior, se confirmó la sentencia recurrida, sobreseyéndose por tanto el Juicio de Amparo No. 574/96.

Los razonamientos del juez de distrito y de la Sala de la SCJN pueden ser discutidos en diversos puntos. Por ejemplo, ya López Ayllón ha señalado que el juez de distrito pierde de vista que los paneles son creados por un tratado internacional, por lo cual son verdaderos órganos internacionales cuya vida, procedimiento y facultades están limitadas a lo pactado expresamente por las partes del mismo, y que en razón de ello carecen de imperio y no participan del poder público del Estado.⁵¹¹ Asimismo, López Ayllón critica el hecho de que el juez de distrito establezca una vinculación directa entre la orden del panel y la resolución de SECOFI, como si la primera determinara el contenido de la segunda y, por tanto, tuviera la cualidad de afectar la esfera jurídica de los particulares. Sin embargo, el TLCAN obliga al Estado mexicano (en este caso, a través de la SECOFI) a adoptar 'medidas no incompatibles' con las órdenes de los paneles, otorgando así "...cierta flexibilidad a la autoridad nacional para aplicar la decisión del panel particularizando la nueva resolución dentro de las orientaciones contenidas en la orden del panel. [Pero] Es únicamente la resolución de la autoridad administrativa la que modifica la esfera jurídica de los particulares."⁵¹²

⁵¹¹ "Como cualquier órgano internacional, por definición, carecen de imperio y no participan del poder público del Estado (afirmar lo contrario sería admitir que el Estado mexicano permite que otros Estados participen en la creación de 'autoridades mexicanas', que, de acuerdo con la propia Constitución, dimanen únicamente del pueblo mexicano)." López Ayllón, Sergio, "Los Paneles Binacionales del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son Autoridad para efectos del Amparo (Amparo en Revisión Número 280/98), *Cuestiones Constitucionales*, no. 2, enero-junio, 2000, p. 200. En el mismo sentido se pronuncia Pérezcano Díaz, Hugo, "¿Son los paneles binacionales establecidos conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte autoridades para los efectos del juicio de amparo?", *Revista de Derecho Privado*, año 9, no. 27, 1998, p. 232.

⁵¹² "La ausencia de facultades de los paneles para obligar a Secofi queda de manifiesto si se considera las consecuencias de la negativa a acatar un laudo de los paneles binacionales. Respecto de los particulares que solicitaron la revisión, se tendría que recurrir a la vía del amparo, pues la obligación de Secofi de cumplir con las órdenes del panel quedó positivizada al incorporarse el TLCAN al derecho mexicano. Por su parte, los Estados partes del Tratado podrían accionar los mecanismos previstos en el mismo, especialmente el del artículo 1905, para remediar esta situación o, en su caso, tomar las medidas que el propio TLCAN autoriza. Como es evidente, en ningún caso un panel tiene facultades para ejecutar su decisión." *Idem*.

Por último, ve López Ayllón una serie de dificultades prácticas derivadas del hecho de considerar a los paneles del TLCAN como autoridades para efectos de amparo:

“Finalmente, al reconocer a los paneles como autoridad se generan una serie de consecuencias, tanto adjetivas como sustantivas, de casi imposible solución. Baste pensar, por ejemplo, en el emplazamiento (¿cuál es el ‘domicilio’ de un panel arbitral ad hoc que por definición se disuelve una vez cumplida su misión?), la personalidad (¿tiene un panel personalidad jurídica?) y, en su caso, la representación (¿quién representaría a un panel integrado por cinco personas, de las cuales al menos dos son extranjeras?). En fin, ¿cómo obligar a un panel, integrado por particulares nacionales y extranjeros, a acatar la decisión de un juez de distrito?”⁵¹³

Sin embargo, para los efectos del presente trabajo nos limitaremos a discutir algunos puntos que tienen que ver con aspectos constitucionales. Por ejemplo, ¿pueden los paneles de capítulo XIX aplicar o no la Constitución en la resolución de los casos de que conocen? Como vimos, en el caso relativo al expediente MEX 94-1904-02, el panel consideró que sí estaba facultado para hacerlo. En ese caso, estaríamos ante un órgano trinacional que al examinar actos de autoridad emitidos por órganos mexicanos, ejerce un control de constitucionalidad.⁵¹⁴ Mientras que en el caso relativo al expediente MEX 94-1904-01, el panel consideró que su único parámetro de revisión debían ser los criterios del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. No obstante, aun en este caso, si se observan los “criterios de revisión” contenidos en dicho artículo, se podrá constatar que materialmente corresponden con garantías individuales tales como la de “autoridad competente”, “fundamentación y motivación”, “garantía de audiencia”, y “formalidades esenciales del procedimiento”. Esto significa que a pesar de que formalmente realice un

⁵¹³ *Ibid.*, pp. 201-202.

⁵¹⁴ Cruz Miramontes considera que en este caso el panel se excedió en sus competencias: “Existen argumentos contundentes, para llegar a la conclusión de que el primer panel binacional, establecido en México de acuerdo al artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN, se excedió en sus facultades. Desde nuestra perspectiva, la interpretación y aplicación de la ley mexicana por parte de la mayoría de los panelistas contradice los principios fundamentales de la tradición romano-germánica adoptada por México, los cuales establecen que México es un país de aplicación estricta del derecho. En pocas palabras, nos parece que los dos panelistas estadounidenses, y aun el panelista mexicano, aplicaron el derecho mexicano en este caso, como lo hubiera hecho un juez estadounidense de *common law*.” Cruz Miramontes, Rodolfo, “Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente MEX.: 94-1904-02”, *Revista de Derecho Privado*, año 7, no. 19, ene-abr, 1996, p. 183.

control de legalidad, materialmente realiza un examen próximo al control de constitucionalidad, en la revisión de actos de autoridades mexicanas.

Por otro lado, la función desempeñada por los paneles de capítulo XIX del TLCAN lleva también a la discusión sobre su compatibilidad con el artículo 104 de la Constitución. Patiño Manffer lo plantea de la siguiente manera:

“¿Se viola el mandato constitucional contenido en el artículo 104 fracciones I y III del pacto federal, al permitir que un panel binacional, que no es un tribunal de la Federación, conozca y resuelva las controversias que se plantean al impugnarse las resoluciones administrativas emitidas por la Secretaría de Economía sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, bajo la consideración de que en dichas controversias se ventilan cuestiones que tienen que ver con la aplicación y cumplimiento de una ley federal como lo es la Ley de Comercio Exterior y de un tratado internacional como lo es el TLCAN, además de que en todos los casos, la Federación, representada por la Secretaría de Economía, tiene el carácter de parte demandada?”⁵¹⁵

En este tema, Hernández Gómez opina que los paneles binacionales de los capítulos XIX y XX del TLCAN son inconstitucionales.⁵¹⁶ En esencia, sostiene que la Constitución es suprema, incluso sobre los tratados internacionales, y la Constitución confiere competencia exclusiva a los tribunales de la federación, para conocer de las controversias en las que la federación sea parte. Sin embargo, “Las normas de los capítulos XIX y XX del TLC que contienen los mecanismos para la solución de controversias son inconstitucionales por no respetar la competencia exclusiva que la Constitución concede a los tribunales de la Federación, debido que a la Comisión de Libre Comercio, así como a los paneles arbitrales y a otros organismos multinacionales se les han conferido facultades para conocer de asuntos en los que la Federación es parte, o bien, que versan sobre la aplicación o cumplimiento de un tratado internacional.”⁵¹⁷

⁵¹⁵ Patiño Manffer, Ruperto, “El Procedimiento de Revisión Judicial establecido en el artículo 1904 del TLCAN”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, T. II, UNAM, México, 2006, p. 516.

⁵¹⁶ Hernández Gómez, Fernando, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, no. 18, 1995, pp. 103 y ss.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 121.

En los EUA, los paneles como los que contemplaba el acuerdo de libre comercio entre EUA y Canadá (que luego se extendieron al TLCAN), también han sido objeto de crítica, al grado de que algunos autores los han considerado inconstitucionales. Por ejemplo, Morrison ha sostenido que dichos mecanismos de resolución de disputas permiten a personas que no son oficiales de los EUA, y que no han sido designados conforme a la “Cláusula de Designaciones” (Appointments Clause) de la Constitución de los EUA, anular decisiones de servidores públicos de los EUA. Estas personas anulan decisiones con motivo de que los oficiales de los EUA no han seguido el derecho de los EUA, como lo han entendido personas que no son oficiales de los EUA. “Ninguna otra ley da estos amplios poderes a ciudadanos privados para realizar lo que, en sí, es un tipo de revisión judicial o administrativa de decisiones de oficiales federales. En el esquema no solamente viola principios de gobierno y democracia representativa, sino también viola la Cláusula de Designaciones.”⁵¹⁸

De hecho, ha habido impugnaciones de inconstitucionalidad de los paneles del TLCAN ante los tribunales federales de los EUA. Tal es el caso del asunto *American Coalition for Competitive Trade v. Clinton* y los EUA (128 F.3d 761), mismo que fue desechado en 1997 por una cuestión formal (falta de legitimación procesal del demandante), por lo que no se entró al estudio del fondo del asunto.⁵¹⁹

Otro tema relevante para discutir desde una perspectiva constitucional es el relativo a la procedencia del amparo en contra de resoluciones de los paneles. ¿Qué pasa, por ejemplo, si algún panel viola en el procedimiento o con su resolución, garantías individuales (derechos fundamentales) previstos en la Constitución mexicana? Ya vimos que el juez de distrito se pronunció por la procedencia genérica del amparo en contra de resoluciones de los paneles (en el Amparo No. 574/96 arriba referido). Además, desde un punto de vista doctrinario, Cruz Barney ha afirmado que como los tratados internacionales

⁵¹⁸ Morrison, Alan B., “Appointments Clause Problems in the Dispute Resolution Provisions of the United States-Canada Free Trade Agreement”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, pp. 1299-1300.

⁵¹⁹ La decisión se puede encontrar en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/128/128.F3d.761.97-1036.html> .

están jerárquicamente por encima de la Ley de Amparo (según el criterio de la Suprema Corte en relación con la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano), el juicio de amparo es improcedente contra las resoluciones en materia de prácticas desleales de comercio dictadas por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SE respecto de las cuales se haya solicitado la integración de un panel binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN. Ello deviene del 1904-11, que excluye la resolución antidumping de la revisión judicial interna de la parte importadora cuando se haya solicitado dicho panel binacional (en el entendido de que un juicio de amparo es en sí mismo un procedimiento de revisión judicial interno respecto de las decisiones antidumping).⁵²⁰ Así lo consideró el Decimosegundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el DF al resolver el Recurso de Revisión R.A. 273/2007.⁵²¹

Sin embargo, a lo anterior puede contestarse con el argumento de que la Constitución está por encima de los tratados internacionales comerciales, y que en razón de que el amparo es el instrumento de defensa de la Constitución por excelencia, debe considerarse que sí podría proceder su interposición en contra de resoluciones de paneles de capítulo XIX que violenten derechos previstos en la propia norma fundamental.

Patiño propone:

“1. Reemplazar plenamente la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, con la revisión que lleva a cabo un panel binacional. Para dar cumplimiento a este compromiso, tendría que determinarse, legislativamente, la improcedencia del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuando el acto impugnado resulte ser una resolución definitiva emitida por la Secretaría de Economía sobre cuotas compensatorias.

⁵²⁰ Cruz Barney, Oscar, “El Control Constitucional de las Resoluciones Antidumping y los Paneles del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, p. 190.

⁵²¹ Citado por *Ibid.*, p. 187.

2. Incorporar en la Ley de Amparo la improcedencia de este medio de control constitucional, en contra de las resoluciones definitivas que dicten los paneles binacionales constituidos conforme a lo previsto por el artículo 1904 del TLCAN.

3. Reconocer, constitucionalmente, la naturaleza jurídica de los paneles binacionales, creados por mandato de los tratados internacionales de los que México sea parte, como tribunales de la Federación, para armonizar los procedimientos que se ventilen ante estos tribunales, con el mandato derivado del artículo 104 constitucional.”⁵²²

Por nuestra parte, y en relación con la pregunta relativa a si los paneles de capítulo XIX pueden aplicar o no la Constitución en la resolución de los casos de que conocen, consideramos que la respuesta, *prima facie*, debe ser negativa. Consideramos que dichos tribunales arbitrales están circunscritos a actuar en el marco que establece el TLCAN, y en ninguna parte del texto de ese tratado se establece la facultad de acudir a la Constitución de los estados parte para resolver el tipo de casos de los que venimos hablando. Recordemos en refuerzo de este argumento, que el TLCAN dispone que las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias que los paneles deben tomar en cuenta, consisten en “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.” ⁵²³

Además, recordemos que el párrafo 3 del artículo 1904 del TLCAN establece que el panel aplicará los “criterios de revisión” señalados en el Anexo 1911 del TLCAN (en el caso de México, el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación) y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente. Es decir, formalmente hablando, el criterio de revisión indicado expresamente por el TLCAN era el artículo 238 del Código

⁵²² *Ibid.*, p. 521.

⁵²³ Art. 1904.2 del TLCAN.

Fiscal de la Federación, y ello limitaba la revisión de los referidos páneles a las cuestiones de legalidad.

Sin embargo, no debe perderse de vista lo que ya hemos señalado líneas arriba: los 'criterios de revisión' contenidos en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación (ahora, en el artículo 51 de la Ley de Comercio Exterior), corresponden materialmente a algunas de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, tales como la de "autoridad competente", "fundamentación y motivación", "garantía de audiencia", y "formalidades esenciales del procedimiento". Y reiteramos, lo anterior significa que a pesar de que formalmente realice un control de legalidad, materialmente se habilita a los tribunales arbitrales de capítulo XIX del TLCAN, a realizar un examen próximo al control de constitucionalidad, en la revisión de actos de autoridades mexicanas.

En cuanto a la pregunta relativa a si el mecanismo del capítulo XIX viola o no el mandato del artículo 104, fracciones I y III de la Constitución, consideramos que sí existe un problema de incompatibilidad que no puede ser fácilmente resuelto por la vía interpretativa. En primer lugar, en una controversia de capítulo XIX las partes son el Estado mexicano (específicamente, la Federación) y los exportadores afectados por una resolución administrativa emitida por una autoridad federal (SECOFI/SE). Y en segundo lugar, este tipo de controversias se dan en relación con el cumplimiento de una ley federal (Ley de Comercio Exterior) y de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano (TLCAN).

A lo anterior algunos podrían oponer el argumento de que al hablar de los tribunales de capítulo XIX del TLCAN, estamos ante un mecanismo arbitral para la solución de controversias, derivado de un convenio entre México, EUA y Canadá, y que las partes que se ven involucradas en los procedimientos correspondientes lo hacen voluntariamente, a sabiendas de que el laudo del tribunal arbitral no puede ser impugnado, por así disponerlo el artículo 1911 del TLCAN.

Sin embargo, y siguiendo a Patiño Manffer, a lo anterior podría contestarse que no es exacta la afirmación de que al panel binacional acuden las partes en controversia de manera voluntaria, como lo harían ante un árbitro. “Cuando la autoridad administrativa emite una resolución en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, las partes que intervinieron en la investigación, es decir, los exportadores, los importadores y los productores, indistintamente tienen la posibilidad de solicitar que un panel binacional revise la resolución administrativa en cuestión....” Y si deciden “...solicitar la revisión ante un panel binacional, las demás partes involucradas quedarán sujetas a la resolución que emita el panel binacional, independientemente de que estén o no de acuerdo en dicho mecanismo alternativo de solución de controversias.”⁵²⁴

Finalmente, en relación con la procedencia del amparo en contra de resoluciones de los paneles, considero que aquí hay una problemática que nos mete de lleno en los temas de globalización y derecho, como los hemos venido examinando en el presente trabajo. Formalmente hablando, un laudo de un panel no puede entenderse que afecta la esfera jurídica de los gobernados afectados por la decisión. El destinatario del laudo es la autoridad administrativa que emitió la resolución como producto de una investigación antidumping, imponiendo cuotas compensatorias. Además, es cierto que formalmente el tribunal arbitral no tiene imperio, como sí lo tiene, por ejemplo un tribunal nacional, sea federal o del fuero común. Esto lleva, desde la perspectiva doméstica mexicana, a decidirse por la improcedencia del amparo.

Sin embargo, hay elementos en el laudo que obligan a verlo con un enfoque distinto. En primer lugar, no es optativo para la autoridad administrativa el obedecer o no el laudo. Este tiene efectos vinculatorios derivados del tratado. Y en segundo lugar, y a pesar de la flexibilidad que el lenguaje del TLCAN le permite a la autoridad administrativa, la decisión que ésta tome en cumplimiento del laudo, sí tiene la capacidad de afectar la esfera jurídica de los gobernados. Si se establecen estas conexiones, consideramos que bien podemos estar ante un fenómeno de autoridad pública internacional como

⁵²⁴ Patiño, *op. cit.*, pp. 509-510.

concepto que ha desarrollado Bogdandy, y que está llevando a la necesidad de replantearse nociones tradicionales de autoridad y sus mecanismos de control. Ello nos sugiere que es necesario profundizar más en la reflexión sobre las implicaciones de estos órganos que en esencia se han erigido en mecanismos de escrutinio externo del proceso legislativo y regulatorio mexicano.⁵²⁵

6. Aspectos constitucionales del Capítulo XI del TLCAN

A. La literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los tratados bilaterales de inversión

El Capítulo XI del TLCAN contiene normas relativas a la protección de la inversión extranjera en el área cubierta por el tratado.⁵²⁶ Sus objetivos son, el establecimiento de un ambiente de inversión seguro con reglas claras que garanticen un trato justo y equitativo al inversionista extranjero; la remoción de barreras a la inversión, con la eliminación o reducción de restricciones; y la creación de medios eficaces para la resolución de disputas entre los inversionistas y los gobiernos de los Estados receptores de la inversión.⁵²⁷

En esencia, en dicho capítulo están previstas una serie de disposiciones sobre:

A. Trato nacional (Artículo 1102). Implica que cada una de las Partes otorgue a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.

B. Trato de nación más favorecida (Artículo 1103). En virtud del cual cada una de las Partes se obliga a otorgar a los inversionistas de otra Parte trato no

⁵²⁵ Zamora, *op. cit.*, p. 638.

⁵²⁶ Como todos los tratados bilaterales de inversión, el Capítulo XI del TLCAN incluye normas sobre: a. definición de inversión extranjera; b. admisión de inversiones; c. estándares nacionales; d. nación más favorecida; e. tratamiento justo y equitativo; f. compensación por expropiación; y g. resolución de disputas.

⁵²⁷ Strazzeri, Joseph A., "A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002, p. 839.

menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte.

C. Nivel de trato (Artículo 1104). Según el cual cada una de las Partes debe otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103.

D. Nivel mínimo de trato (Artículo 1105). El cual exige que cada una de las Partes otorgue a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

E. Requisitos de desempeño (Artículo 1106). Por el cual ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de una serie de requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para, por ejemplo, exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos, entre otras.

F. Altos ejecutivos y consejos de administración (Artículo 1107). En virtud del cual ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.

G. Transferencias (Artículo 1109) Por el que cada una de las Partes se obliga a permitir que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora.

H. Expropiación y compensación (Artículo 1110), que establecen el derecho de los inversionistas extranjeros de exigir compensación en caso de expropiación por parte del Estado anfitrión, creando un derecho de acción para el

inversionista, ejecutable vía arbitraje, contra el acto de expropiación realizado por el Estado, en los términos del artículo 1110 del TLCAN:

“Artículo 1110. Expropiación y compensación

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- a. por causa de utilidad pública;
- b. sobre bases no discriminatorias;
- c. con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida

equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.”⁵²⁸

Resulta importante resaltar que este artículo contempla tanto la ‘expropiación directa’ (que es consecuencia de cualquier medida que priva al inversionista de los títulos de propiedad y sus derechos inherentes); como la ‘expropiación indirecta’, que es más difícil de definir, y que generalmente deriva de medidas de regulación expedidas por el gobierno, que limitan el uso y disfrute de los bienes, o afectan negativamente su valor y capacidad para generar un beneficio económico para el propietario.⁵²⁹ Asimismo, el Capítulo XI requiere que las disputas sean decididas de acuerdo con el derecho internacional,⁵³⁰ según lo establece el artículo 1131 del TLCAN:

“Artículo 1131. Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.”

Las reglas del Capítulo XI del TLCAN corresponden a las que son común denominador en los tratados bilaterales de inversión, los cuales comenzaron a surgir desde finales de los años sesenta, pero que han tenido un gran crecimiento en la década de los noventa del siglo pasado. Como apuntan van Harten y Loughlin, desde estos años los estados han ido aceptado entrar en un

⁵²⁸ Según Daly, los criterios que han de guiar la indemnización por expropiación (“valor de mercado”, “sin demora”, “completamente liquidable”, “transferible”), contenidos en el artículo 110 del TLCAN corresponden a los de la llamada fórmula Hull (quien fuera Secretario de Estado de los EUA), elaborada en el contexto de la polémica entre los gobiernos de México y EUA a raíz de las expropiaciones agrarias y petrolera de los años treinta del siglo pasado. Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary’s Law Journal*, vol. 25, 1994, p. 1192.

⁵²⁹ “El gobierno puede regular el uso de la propiedad privada con base en su poder de policía con el propósito de proteger la salud pública, seguridad, o bienestar, pero en cierto punto estas regulaciones pueden convertirse en una expropiación que requiera compensación. Decidir cómo definir esta línea y dónde ponerla ha sido fuente de muchas deliberaciones judiciales, pero el tema no ha sido decidido definitivamente.” Strazzeri, op. cit., p. 850.

⁵³⁰ Puede afirmarse que el derecho internacional reconoce que la propiedad de extranjeros solamente puede ser expropiada legítimamente si la justifica una razón de utilidad pública, si no es discriminatoria y si va acompañada de una compensación adecuada. Sin embargo, el derecho internacional no ha producido criterios claros acerca de cuando estamos ante una ‘expropiación indirecta’ (compensable) y una regulación legítima (no compensable). Ver *Ibid*, pp. 843-844.

régimen internacional en que a los inversionistas extranjeros (léase, principalmente, empresas multinacionales) se les otorga la capacidad de presentar y ejecutar demandas internacionales contra los estados en disputas que derivan de la regulación estatal de sus propiedades e inversiones.⁵³¹

Cabe señalar que dichos tratados tienen ciertas características que los hacen poco usuales. Por ejemplo, las demandas pueden ser presentadas por los inversionistas extranjeros en lo individual, en disputas que surgen del ejercicio estatal de su autoridad pública, y no están sujetas a las limitaciones acostumbradas que se aplican a las demandas individuales en otros tipos de tratados, incluyendo el deber de agotar los remedios locales o la tradicional inmunidad soberana de los Estados. Además, en los tratados de inversiones los inversionistas pueden presentar directamente su demanda por daños, que busca compensar a un individuo y sancionar a un estado basado en que se encontró que el ejercicio de autoridad pública fue contrario a derecho, y que será resuelto como un recurso de derecho público; finalmente, y en razón de que los tratados de inversiones incorporan el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, los inversionistas pueden buscar directamente la ejecución de laudos de los tribunales de arbitraje ante los tribunales domésticos de un gran número de países, con limitada supervisión judicial de los tribunales domésticos.⁵³²

De hecho, sostienen los referidos autores, el efecto combinado de estos elementos, es sujetar la conducta regulatoria de los estados a control, a través de una adjudicación internacional obligatoria, en un grado no usual. Y es por ese potencial que estos mecanismos ejercen una influencia disciplinaria en los programas administrativos domésticos. Son un medio-sostienen- para revisar y controlar el ejercicio de la autoridad pública en el Estado, análogo a la revisión judicial doméstica- a manera de un mecanismo autónomo, internacionalmente organizado que se intersecta en formas críticas con los sistemas domésticos; y

⁵³¹ Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *EJIL*, vol. 17, no. 1, 2006, pp. 122-123.

⁵³² *Idem*.

que se configura en un método importante a disposición de los inversionistas extranjeros para resistir la regulación estatal y buscar compensación por los costos que surgen del ejercicio de la autoridad pública.⁵³³

Ahora bien, Cremades y Cairns han observado que hasta la década de los noventa del siglo pasado, los tratados de inversión no habían llamado mucho la atención de las ONGs. Sin embargo, esto cambió con el debate sobre el TLCAN, el cual atrajo la oposición de grupos ecologistas que temían que el libre comercio llevaría a transferir empresas a México para evitar los controles ambientales canadienses y estadounidenses. Al decir de estos autores, la oposición de ONGs se incrementó cuando, correcta o incorrectamente, se empezó a creer que los inversionistas podrían usar las disposiciones de resolución de disputas para derribar medidas de protección ecológica. Esta discusión llegó a un punto álgido en 1997, cuando la empresa estadounidense Ethyl Corporation demandó al gobierno canadiense bajo el Capítulo XI, argumentando que una regulación que prohibía un aditivo a la gasolina violaba el trato nacional y las disposiciones anti-expropiación. En este caso, el gobierno de Canadá retiró la regulación y llegó a un arreglo. Pero desde entonces ha habido gran sospecha del potencial del TLCAN de debilitar las medidas de protección ambiental.⁵³⁴

Un elemento muy importante a destacar, es que en los tratados bilaterales de inversión se incorpora el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, el cual tradicionalmente se ha visto como un método privado de adjudicación, sujeto a las preferencias de las partes en disputa, permitiéndoles usar reglas de adjudicación sobre temas de confidencialidad de los procedimientos o las actividades profesionales de los árbitros (aspectos que son muy importantes en el sistema de tribunales 'públicos').⁵³⁵

⁵³³ *Ibid.*, pp. 123-124.

⁵³⁴ Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, no. 2, abril 2002, p. 179.

⁵³⁵ Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 125.

No es este el lugar para profundizar en la manera en que funciona este sistema. Nos limitaremos a señalar que el Capítulo XI del TLCAN, se refiere para propósitos de ejecución a la Convención de ICSID⁵³⁶ y a la Convención de Nueva York.⁵³⁷ La cuestión de qué estructura de ejecución se aplica para ejecutar un laudo bajo el Capítulo XI depende de las reglas de arbitraje bajo las que el inversionista interpone su demanda. Pueden hacerlo según las Reglas de ICSID (Centro Internacional del Banco Mundial para la solución de controversias sobre inversiones), o según el Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, o bien bajo las Reglamente de la Comisión de las Naciones Unidas para las Leyes del Comercio Internacional (Reglamento UNCITRAL).⁵³⁸

Si el inversionista elige las Reglas de ICSID, el procedimiento de arbitraje del Capítulo XI del TLCAN es regido por la Convención de ICSID, la cual dispone que un laudo emitido en el marco de la Convención de ICSID tiene la fuerza de una sentencia definitiva de un tribunal de un estado parte y no puede ser revisado por tribunales domésticos. Pero si el inversionista elige las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL, el arbitraje de Capítulo XI se rige por las normas de la Convención de Nueva York, que establecen que un laudo ha de ser reconocido como vinculante por los estados parte del tratado y que los tribunales domésticos solamente pueden revisarlos por un número limitado de razones. Por estos motivos, en buena medida, los laudos de los paneles de arbitraje en materia de inversiones están aislados de la revisión judicial doméstica⁵³⁹ (de ahí su carácter de 'semi-autónomos', como diría Sorensen).⁵⁴⁰

⁵³⁶ En el marco de la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros estados (1965), se creó una institución afiliada al Banco Mundial denominada Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) en Washington, D.C., cuya función principal es actuar como secretaría de arbitraje bajo los términos y procedimientos de la convención. Gantz, David, "Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN", en VVAA, *Prácticas desleales del comercio internacional*, UNAM, México, 1995, pp. 155-156.

⁵³⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), de 1958.

⁵³⁸ Ver artículo 1120 del TLCAN.

⁵³⁹ "In sum, investment treaties delegate adjudicative authority not only to international tribunals, but also to the courts of the seat of the arbitration and any prospective place of enforcement. Where an investment arbitration tribunal chooses the respondent state as the seat of the arbitration, the tribunal is subject to supervision by the courts of that state, subject to its

Debemos mencionar, no obstante, que ni México ni Canadá son parte de ICSID, pero pueden escoger las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL cuando surgen disputas relativas a inversión extranjera, en términos del artículo 1122 del TLCAN.⁵⁴¹

Como ya se ha dicho, un aspecto central de los tratados de inversión es que transplantan el modelo de adjudicación privada de la esfera comercial, al ámbito del gobierno, y con ello dan a árbitros privadamente contratados la autoridad de hacer lo que son esencialmente decisiones de gobierno. Esto ocurre así porque los tratados de inversiones incorporan los tratados de arbitraje para dar un foro institucional y marco procesal al arbitraje de inversiones. Además, los tratados de inversiones también se basan en los tratados de arbitraje para la ejecución de los laudos arbitrales por parte de los tribunales domésticos. Estamos, en suma, ante un proceso en el que el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional que es la base para el uso de un modelo privado de adjudicación, fue extendido para resolver disputas regulatorias entre individuos y el estado.⁵⁴² Lo anterior significa que el arbitraje de ICSID ha entrado en la esfera pública, incluyendo disputas regulatorias entre inversionistas y el estado. Para van Harten y Loughlin, esta expansión en la esfera pública marca el nacimiento del arbitraje de inversiones como manifestación del derecho administrativo global.⁵⁴³

domestic law. Where a foreign state is chosen as the seat of the arbitration, the arbitration is subject to supervision by foreign courts, subject to foreign domestic law. This means that the state parties to an investment treaty, by consenting to investment arbitration, have in effect delegated authority over the adjudication of regulatory disputes within their territory to the domestic courts of as many as 165 countries.” Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, pp. 134-137.

⁵⁴⁰ Sorensen, Max, *op. cit. Vid supra*, nota 387.

⁵⁴¹ TLCAN: “Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

- a. el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
- b. el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
- c. el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.”

⁵⁴² Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁴³ Van Harten y Loughlin reconocen que existen similitudes entre el arbitraje privado y el arbitraje de inversiones. Ambos implican una demanda de un actor privado ante un tribunal de arbitros contratado privadamente, los procedimientos son reglas originadas en el arbitraje

En el mismo sentido, Cremades y Cairns han señalado que el arbitraje comercial internacional es tradicionalmente una forma privada, si no es que confidencial, de resolución de disputas. De acuerdo con ello, solamente las partes del acuerdo de arbitraje tienen derecho a participar, los árbitros aplican el derecho aplicable y usos comerciales y no necesitan involucrarse con tópicos más amplios de política pública (excepto en raros casos, tales como corrupción) y la ejecución del laudo afecta sólo a las partes del arbitraje:

“Sin embargo, el moderno procedimiento de arbitraje inversionista-Estado no es compatible con este modelo de arbitraje. El arbitraje inversionista-Estado ha forzado ya la adaptación del concepto de acuerdo arbitral, como se ha referido arriba, y otras adaptaciones pueden esperarse, particularmente a la luz de crítica hostil de las ONGs y grupos anti-globalización atraídas por algunos arbitrajes inversionista-Estado de alto perfil.”... “El mero hecho de que un arbitraje inversionista-Estado involucra a un Estado parte significa que hace surgir tópicos públicos y no meramente privados. El potencial de un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado de traer a la luz un conflicto entre las obligaciones de libre comercio del Estado y objetivos de política social en competencia complica la tarea de un tribunal arbitral.”⁵⁴⁴

El modelo privado de adjudicación de disputas en las que por definición hay un elemento público relevante (al ser el Estado una de las partes), ha generado tensiones de diverso tipo. 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. A diferencia de los jueces, los árbitros

privado y el remedio general es compensación económica por daños. Sin embargo, observan que hay entre ambos diferencias importantes: el arbitraje comercial se origina en un acuerdo entre partes privadas en el sentido de arbitrar disputas entre ellos de una manera particular, y su autoridad deriva de su autonomía como individuos para arreglar sus asuntos privados. El arbitraje inversión, en cambio, se origina en la autoridad del estado de usar la adjudicación para resolver disputas que surjan del ejercicio de la autoridad pública; y es constituido por un acto soberano del estado, y no por un acto privado del estado, y esto hace del arbitraje de inversión más análogo a la revisión judicial doméstica de la conducta regulatoria del estado. Así-afirman los autores- con la autorización que el Estado respectivo hace del referido mecanismo, este especial método de toma de decisión es incorporado en el aparato de gobierno del estado: “By exercising their adjudicative authority, arbitrators decide whether and how public authority may be used to restrict capital transfers, establish standards, control land use, establish product standards, deliver services, regulate technology use, and so on.” *Ibid.*, p. 127 y 140-146.

⁵⁴⁴ Cremades, Bernardo y Cairns, David, “The Brave New World of Global Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, no. 2, abril 2002, p. 193.

tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a su clientes, y no hay garantías de independencia y de imparcialidad. Incluso no es raro que en un caso una persona sea de un panel y en otro un abogado de una parte.⁵⁴⁵

Cremades y Cairns observan, por su parte, un notable desequilibrio entre los inversionistas y los estados, en los derechos establecidos por los tratados, ya que hay muy limitados derechos para los estados contra los inversionistas extranjeros, en particular, no hay derecho del estado al arbitraje. Pero sí está obligado a entrar en el arbitraje si el inversionista lo requiere. En general, en relación con los tribunales arbitrales de inversión se alzan objeciones de pérdida de soberanía, falta de rendición de cuentas y transparencia la privacidad y secrecía del arbitraje crea sospechas en casos controvertidos) y de la subversión de políticas públicas por los tribunales arbitrales, especialmente política ambientalista de instituciones democráticamente elegidas.⁵⁴⁶

David Schneiderman tiene una visión muy crítica de los regímenes jurídicos globales en materia de comercio e inversión. Según este autor los regímenes jurídicos asociados con la globalización económica "...están interesados en sujetar a los estados, a través del derecho económico internacional, al campo más reducido de posibilidades políticas. Esta economía política de la certeza está siendo asegurada, en parte, vía el establecimiento de un régimen transnacional para la protección y promoción de la inversión extranjera."⁵⁴⁷ Más aún, Schneiderman sostiene que la intención de ese régimen es proteger la inversión extranjera en el futuro al sujetar a los países en marcos regulatorios predecibles, así como debilitar o paralizar ciertos procesos políticos,

⁵⁴⁵ Van Harten y Loughlin hablan incluso de un sesgo en el mecanismo, contrario a los Estados: "the greater the utility of investment arbitration to investors, the greater the number of claims will be filed, the greater the demand for arbitrators." *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴⁶ Estos son retos que la comunidad del arbitraje internacional en materia de inversiones debe enfrentar. De hecho, señalan estos autores que por ello precisamente es que la Declaración Ministerial de la Reunión de OMC en Doha, Qatar, determinó que el arbitraje internacional no debía aparecer como debilitando el derecho de los Estados de regular en el interés público. Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 189, 193 y 197.

⁵⁴⁷ Schneiderman, David, "Investment Rules and The Rule of Law", *Constellations*, vol. 8, no. 4, 2001, p. 521

imponiendo la disciplina de 'rule of law' en la regulación estatal del mercado, lo cual tiene el efecto de aislar aspectos clave de la vida económica de las presiones de la política mayoritaria.⁵⁴⁸

De hecho, Schneiderman llega a proponer la idea de que las reglas sobre inversiones extranjeras pueden asemejarse a una nueva forma de constitucionalismo.⁵⁴⁹ Es un constitucionalismo preocupado por poner límites al estado-inhibir posibilidades para la acción política- estableciendo límites vinculantes, en la forma de principios generales, sobre la habilidad del estado de intervenir en el mercado. Esas reglas operan tanto externamente al estado- como regímenes jurídicos independientes que disciplinan la acción del estado- e internamente, a través de la agencia de la reforma constitucional y con frecuencia la revisión judicial. De esta forma, las reglas de no discriminación, nación mas favorecida, trato igual y equitativo, y sobre expropiación, 'capturan' los cambios regulatorios que 'van demasiado lejos'. La premisa subyacente es que puede esperarse que los gobiernos desempeñen solamente funciones regulatorias mínimas, todas las cuales están ineludiblemente subordinadas al mercado 'privado'.⁵⁵⁰

En particular, Schneiderman ve en la expansión de lo que constituye expropiación, en virtud de las definiciones contenidas en el artículo 1110 del TLCAN, un instrumento que puede tener el efecto de limitar la gama de opciones de regulación y política social disponible para los gobiernos.⁵⁵¹ Pero

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 522.

⁵⁴⁹ En otros estudios, Schneiderman ha sostenido que la red de reglas sobre inversiones, identificable en los niveles transnacional, regional y bilateral, exhibe algunas características de las constituciones domésticas: son una forma de *pre-commitment strategy* que vincula a generaciones futuras de ciudadanos a ciertas y pre-determinadas formas institucionales a través de la cual la política es practicada. Además, estas reglas económicas, como las constituciones, son difíciles de reformar, incluyen mecanismos de ejecución vinculantes y revisión judicial, y a veces derivan del mismo lenguaje de las constituciones domésticas. Con ello, se ha tratado de 'despolitizar' las disputas, para en cambio, 'juridificarlas', dando a los inversionistas el derecho de iniciar un litigio para aplicar estos tratados en el sistema de tribunales interno del estado contratante. Schneiderman, David, "Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, no. 4, otoño, 2000, pp. 100-101.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 524.

⁵⁵¹ "It should not be controversial to conclude, then, that NAFTA's takings rule, merely one element of a new interlocking web of investment protection agreements, is institutionalizing a discourse of limited government that will change Canada's constitutional culture in the direction of US-style limited government.", *Ibid.*, .pp. 524-526.

incluso va más allá, puesto que observa una similitud entre las reglas del régimen de inversiones y un orden constitucional. Por ejemplo, como una constitución que opera bajo cierta concepción de constitucionalismo, Schneiderman argumenta que las reglas de inversión buscan resolver una tensión entre la política mayoritaria e intereses minoritarios, pero por medio de hacer a los inversionistas pasar como un grupo minoritario vulnerable. Además, como las tradicionales constituciones liberales, los acuerdos de inversión aspiran a ser vinculantes a través de generaciones (así, son difíciles de cambiar), y con frecuencia tienen mecanismos de aplicación vinculante (que generalmente toman la forma de revisión judicial) y están caracterizados por un lenguaje de derechos vago y abstracto (tal como trato justo e igual, razonabilidad, arbitrariedad, debido proceso). Asimismo, y en congruencia con estas características del tipo constitucional, los acuerdos internacionales de inversiones también dan a los inversionistas derecho de acción por daños contra los estados, cuando sus 'derechos' han sido violados.⁵⁵²

En suma, Schneiderman analiza aspectos específicos de las reglas de inversiones sobre expropiación, y concluye que parecen estar fuertemente influidas por la doctrina constitucional de los EUA, sobre 'takings' de propiedad privada y sugiere que se trata de un ejemplo de lo que de Sousa Santos llama 'localismo globalizado': normas locales que han alcanzado nivel global.⁵⁵³

Schneiderman argumenta que desde fines de los 80s los países de América Latina han emprendido reformas constitucionales de larga escala para relevar a sus agencias estatales de la obligación de proteger el patrimonio nacional-comprendido por industrias y servicios públicos considerados vitales para el futuro del estado, tales como energía eléctrica, petróleo, gas comunicaciones y transportes.⁵⁵⁴ Incluso cita el caso del artículo 27 de la Constitución Mexicana,

⁵⁵² Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Reseñado por Colón-Ríos, Joel y Hevia Martín, "Review Essay- What Makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?", *German Law Journal*, vol. 10, no. 8, 2009, pp. 1311-1313.

⁵⁵³ Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense*, Routledge, New York London, 1995.

⁵⁵⁴ Schneiderman, David, "Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, no. 4, otoño, 2000, p. 89.

que mandata el monopolio del estado sobre el petróleo. En relación con este tema, señala Schneiderman que a pesar de que este sector clave fue exceptuado del alcance del TLCAN, las reglas de inversión extranjera en el mismo han sido relajadas para permitir inversión en gas natural. Asimismo, observa el autor que fuera de los parámetros del TLCAN, se ha informado que el gobierno mexicano entró en 'transacciones financieras altamente complejas' para evadir restricciones constitucionales en la industria del petróleo. Y otros elementos del artículo 27 de la Constitución Mexicana fueron reformados en el camino al TLCAN, incluyendo disposiciones que prohibían la privatización de bancos públicos comerciales y las reglas que protegían a los ejidos, (que ahora pueden fraccionarse en parcelas individuales). Por último - observa Schneiderman- el Capítulo XI del TLCAN ha afectado el régimen jurídico relativo a la expropiación,⁵⁵⁵ y marca un abandono del modelo tradicional latinoamericano, en el que figuraba la Cláusula Calvo: los nacionales extranjeros no podían reclamar una protección mayor en sus disputas con los estados soberanos que los ciudadanos de esos estados.⁵⁵⁶

B. El debate mexicano sobre el Capítulo XI del TLCAN

La adopción del mecanismo del Capítulo XI en el TLCAN, suscitó en México una discusión acerca de su constitucionalidad y, en particular, en relación con la Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I de dicho artículo establece que:

⁵⁵⁵ Sostiene Schneiderman que el artículo 27 de la Constitución mexicana, base del intervencionismo del estado en el mercado, se ha afectado: "The requirement to provide compensation has been ratcheted up, by statute, to reflect NAFTA's more stringent requirement of payment of full market value, in funds fully transferable, and immediately realizable. One member of Mexico's House of Representatives (Alfonso Rivera Domínguez) admitted during debate over this bill that the new compensation requirement had been precipitated by the NAFTA text and that negotiators regrettably had 'compromise [ed] *ex ante* the amendment we have before us today without informing the Mexican people...' What might be called constitution making through the back door is the subject of the next part." Schneiderman, David, "Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 2, april, 2006, p. 384.

⁵⁵⁶ *Idem*.

“I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.”

Como se recordará, esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados; y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

Ahora bien, regresando al debate, debemos recordar que para algunos, el mecanismo del Capítulo XI era (y es) claramente inconstitucional. Por ejemplo, Sepúlveda explicó en su momento las razones históricas que habían hecho que México haya sido renuente en aceptar la jurisdicción internacional como un método para solucionar las diferencias con partes extranjeras, en particular con ciudadanos privados. Según Bernardo Sepúlveda, la experiencia histórica no ha sido muy positiva para nuestro país, en casos como el Fondo Piadoso de las Californias, o la Isla de La Pasión, lo cual explica que se fuera generando una doctrina que daba primacía a la jurisdicción nacional:

“La primacía de las leyes y tribunales domésticos es una de las expresiones necesarias de la soberanía. Sin embargo, el tema se ha convertido en controvertido porque los países que exportan capital han reclamado un sistema de excepciones que resultan en la remoción de los intereses extranjeros de la jurisdicción del orden jurídico nacional. Los abusos derivados de esta pretensión llevó a la creación de una tendencia política y jurídica de proteger la prioridad jerárquica de la jurisdicción nacional.”⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ Sepúlveda Amor, Bernardo, “International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, p. 581.

La doctrina Calvo (incorporada en el artículo 27 de la Constitución bajo la llamada 'cláusula Calvo'), surgió así para reafirmar la jurisdicción nacional y desacreditar la idea de que los extranjeros deben tener un trato diferente que los nacionales:

"Esta disposición constitucional ha producido una serie de importantes resultados en el curso de la historia de su aplicación. Una de las notas distintivas de esta norma constitucional es que los extranjeros se les de los mismos derechos que a los mexicanos en cuanto a la adquisición de cierto tipo de activos y se les exige que se sometan, igual que los nacionales mexicanos, a las leyes y tribunales de México. Todos los individuos, sean nacionales o extranjeros, gozan de las garantías de la constitución pero deben cumplir las obligaciones que emanan de ella: obedecer las leyes de México y someterse a sus tribunales. La regla contenida en el Artículo 27, que reafirma la autoridad soberana del Estado, presupone la disponibilidad y existencia de una jurisdicción nacional capaz de resolver conflictos que se originan dentro de sus fronteras y relativas a las materias reguladas por esa norma. Esto es similar al principio general de derecho del agotamiento de los recursos locales como una ruta primaria para resolver las diferencias relativas a un extranjero."⁵⁵⁸

Asimismo, y en relación con esta lógica, es que a nivel del derecho internacional ha prevalecido lo que Sepúlveda califica como la 'regla de oro' de agotamiento de los recursos locales.⁵⁵⁹ Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, para Sepúlveda, el TLCAN ha impuesto una camisa de fuerza al sistema jurídico mexicano, proponiendo considerar dos temas: uno, el trato discriminatorio que afecta a los nacionales mexicanos, resultante de que éstos no pueden resolver posibles controversias en temas de inversiones con las autoridades mexicanas por medio de arbitraje internacional. Para Sepúlveda, el Capítulo XI del TLCAN da un trato privilegiado a los inversionistas extranjeros y con ello, el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros se viola.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 582.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 583.

⁵⁶⁰ Bernardo Sepúlveda sostiene que el TLCAN obligó a una reconsideración de la esencia del artículo 27 constitucional y de los principios declarados en la Doctrina Calvo. "El TLCAN frustra uno de los aspectos de la doctrina Calvo-contenida en el artículo 27 y especificada tanto en derecho convencional como consuetudinario internacional- que exige a un extranjero agotar todas las vías jurídicas locales como prerrequisito para buscar remedios internacionales contra el estado anfitrión. Este principio fue obviado por el establecimiento en el TLCAN de un procedimiento de arbitraje internacional para resolver controversias entre México e inversionistas canadienses o americanos. La ratificación del TLCAN, junto con la entrada en vigor de otros acuerdos que establecen la promoción y protección recíproca de las inversiones, ha introducido un elemento novedoso en el orden jurídico mexicano, cuyas consecuencias están todavía indeterminadas." *Ibid.*, p. 573.

El segundo tema es el relativo a la derogación del orden jurídico nacional, ya que para Sepúlveda el Capítulo XI del TLCAN sobre la protección a la inversión extranjera esencialmente elimina el deber de todos los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad, de observar y respetar el sistema jurídico en México:

“Por tanto, el deber de los ciudadanos de someterse a las leyes y a los procedimientos judiciales en México es eliminado debido a la ilusión de la competencia del derecho mexicano de resolver ciertos tipos de controversias relativas al trato del capital extranjero. La regla general debe exigir la resolución de todas las controversias por los tribunales de México y asegurar que los nacionales y extranjeros gocen la extensión completa de garantías que la Constitución otorga, pero también que se sometan a las obligaciones que emanan de ella. Otorgar a los inversionistas extranjeros un régimen preferencial, removiéndoles efectivamente de la jurisdicción nacional cuando presenten demandas contra el Estado mexicano, disminuye la validez del orden jurídico de este país, o alternatively, lo deroga para el beneficio de inversionistas extranjeros. El respeto y aplicación del sistema jurídico de un estado es uno de los elementos esenciales de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. La autoridad de ese orden jurídico depende del agotamiento de los procesos domésticos de apelación, otorgados por el sistema jurídico mexicano a todos los individuos, antes de que ese individuo busque otras apelaciones, tales como el llevar la disputa al arbitraje internacional.”⁵⁶¹

Para otros autores, en contraste, el TLCAN no conlleva una violación al artículo 27 constitucional. Daly, por ejemplo, ha sugerido que con la aceptación que México ha hecho del Capítulo XI del TLCAN, se evita la interferencia política en la resolución de disputas, eliminándose así la necesidad de que un gobierno extranjero intervenga a través de protección diplomática a sus nacionales inversionistas en México. Si esto es verdad- afirma- entonces con el TLCAN México a reafirmado (y no abandonado) una de las premisas básicas de la Doctrina Calvo, como lo es el principio de no intervención.⁵⁶²

Por su parte, Zamora observa que la Doctrina Calvo se basa en dos nociones. Por un lado, como el principio de trato nacional incorporado en GATT y en

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 589.

⁵⁶² Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, pp. 1182-1183.

TLCAN, la Doctrina Calvo propone la igualdad de trato entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos del país anfitrión. Pero a diferencia del concepto de trato nacional, sin embargo, la Doctrina Calvo fue creada-dice Zamora- para atender el percibido favoritismo dado a los extranjeros, y no la discriminación contra ellos. En otras palabras, el propósito de la Doctrina Calvo es bajar a los extranjeros al nivel de los nacionales, mientras que el propósito del trato nacional es elevarlos al nivel de los nacionales. Por otro lado-sigue Zamora- la Doctrina Calvo exige que los inversionistas extranjeros se sometan a las leyes nacionales del país anfitrión, y prohíbe la intervención del derecho del país del ciudadano extranjero o la intervención diplomática, o de cualquier tipo, del estado extranjero en protección de intereses extranjeros. Este concepto se basa en una extensión del principio de soberanía.⁵⁶³

En nuestra opinión, el mecanismo del Capítulo XI no violenta la letra de la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional. Consideramos que acudir a este mecanismo no significa invocar la protección del gobierno del inversionista extranjero. Es decir, los tribunales arbitrales del Capítulo XI no son un gobierno o agentes de un gobierno. Son órganos de naturaleza difícilmente asimilable a las categorías tradicionales del Estado nacional, integrados por personas que, en principio, actúan como entes privados.

Sin embargo, considero que el mecanismo sí crea un trato desigual entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros. Por un lado, crea un estándar especial respecto del derecho de propiedad y su protección en relación con el poder de expropiación del Estado; y por otro lado, crea un mecanismo de protección y garantía no disponible para los inversionistas mexicanos en México. Considero que esta circunstancia no es compatible con la letra y espíritu del artículo 1º de la Constitución mexicana.

C. La Corte Constitucional de Colombia ante los tribunales bilaterales de inversión: el caso C-358/96

⁵⁶³ 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. 622-623.

Resulta interesante hacer alusión a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96, calificada por Schneiderman como un intento de resistencia a las demandas de la globalización económica, a resultas de un conflicto entre la regla de expropiación de la Constitución colombiana y las reglas del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido en 1994.⁵⁶⁴

Aprobado que fue el tratado, a través de la ley 246/95, éste se presentó a la Corte Constitucional de Colombia para ejercer la función que le atañe, conforme al párrafo 10 del artículo 241 de la Constitución de dicho país, según el cual corresponde a la Corte:

“10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.”

Como puede verse, se trata de un procedimiento previo de revisión de la constitucionalidad del tratado internacional. En su examen del tratado, la Corte encontró que había una contradicción entre éste y el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana, que a la letra disponía:

"...el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Por su parte, el artículo 6 del tratado dispone que:

"1. Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a: (...)

"b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se

⁵⁶⁴ El referido tratado contiene un estándar estricto de compensación ('Fórmula Hull'), que ha sido sostenido por los EUA como el estándar requerido por el derecho internacional y que también se ve reflejado en el Capítulo XI del TLCAN. Schneiderman, *op. cit.*, "Constitutional Approaches...", pp. 106-108.

realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva."

Para la mayoría de la Corte,⁵⁶⁵ resultaba evidente que el tratado prohibía una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autorizaba. Luego, podía calificarse como inconstitucional.

Por otro lado, la mayoría de la Corte encontró que el tratado implicaba una transgresión del artículo 13 de la Constitución, por el tratamiento discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del tratado. Dicho artículo dispone que:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica....."

Para la mayoría de la Corte, resultaba indudable que de aceptarse como válida la restricción contenida en el tratado,

"...se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecencialmente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.

Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al co-tratante.

⁵⁶⁵ El caso fue resuelto por una mayoría de seis magistrados contra tres.

Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene operancia en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.”⁵⁶⁶

Pero la decisión de la Corte en este caso no fue unánime. Los magistrados disidentes emitieron un voto particular que se sustentó en dos argumentos. Según el primero, había que tomar en cuenta que los extranjeros no tenían participación alguna en la integración del Congreso colombiano, que a su vez era el órgano al que le correspondía, en su caso, adoptar la determinación de expropiar conforme al inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana:

“Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensidad con que deben hacerlo los nacionales colombianos. Una recta comprensión del principio de igualdad (C.P., artículo 13) permitiría, por lo menos, preguntarse si esta diferencia entre extranjeros y nacionales colombianos, en punto al ejercicio de los derechos políticos, ameritaría una diferencia de trato que apuntara a igualar a los dos grupos, en caso de adoptarse medidas estatales de índole política que los afectaran con la misma intensidad.”

En segundo término, los magistrados de la minoría desarrollaron una argumentación que identificaron bajo el rubro de: “La globalización e internacionalización de las relaciones económicas y la inserción de Colombia en los mercados internacionales: hacia una nueva concepción de la soberanía”. En este sentido, en el voto particular se señaló que la Asamblea Nacional Constituyente había tomado en cuenta las circunstancias económicas del mundo y en particular la necesidad de atraer capitales a Colombia, lo cual requería de instituciones jurídicas sólidas y eficaces. Asimismo, se aludió al artículo 226 de la Constitución colombiana

⁵⁶⁶ Ver sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

(deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional) a partir del cual podía derivarse el deber de “...adelantar la interpretación constitucional de materias como la que correspondió examinar en este asunto a la Corte, de conformidad con criterios integradores y sistemáticos y atendiendo a la naturaleza de las cosas a las que corresponde el asunto regulado por la disposición legal en cuestión.”

Después de aludir a la globalización, a la internacionalización de los sistemas económicos y la consecuente necesidad de una “nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación”,⁵⁶⁷ consideró que la Constitución colombiana de 1991 no era ajena a los planteamientos anteriores y que por ello adoptaba una clara decisión política básica a favor de la integración económica del país en los mercados mundiales y la internacionalización de las relaciones económicas del Estado colombiano, lo cual incluía el régimen de inversión extranjera (citó el Preámbulo de la constitución, así como sus artículos 9°, 150-16, 226 y 227). Para la minoría de los magistrados el artículo 226 habilitaba al órgano constitucionalmente responsable de las relaciones internacionales, en el marco de la propia constitución, a adoptar las decisiones que estimara racional y equitativamente convenientes para la Nación, “en todo caso fundadas en juicios de orden político y económico en los que se ponderen, evalúen y examinen los diversos elementos objetivos que componen estas relaciones ante la diversidad de configuraciones que pueden adoptar

⁵⁶⁷ “En la actualidad, la soberanía estatal debe ser entendida como una forma particular de “estar en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica sólo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendentes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.” Voto particular, Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

contemporáneamente y en las que se promueva la mencionada internacionalización de las relaciones económicas y políticas y se eviten soluciones y disposiciones dañinas e inicuas”. En este sentido, consideraron que:

“En efecto, por virtud de lo establecido en la mencionada norma constitucional, el examen en equidad y la interpretación sobre bases de equidad de las condiciones de un tipo específico de relaciones políticas o económicas de relevancia normativa entre Colombia y otros estados, no sólo pueden ser precedentes a la decisión de política internacional, sino que, en el caso de la internacionalización de las relaciones a las que se refiere el artículo 226 de la Carta Política y a partir de 1991, la pueden fundamentar externamente y sirven para adoptar una regla recíproca de conveniencia nacional como la de garantizar la indemnización en caso de expropiación de inversiones de súbditos de los estados parte.

Como queda visto, el Constituyente de 1991 de manera expresa y sin duda facultó al Estado colombiano para definir por razones de equidad y en tratados internacionales las reglas específicas para promover entre otros fines las relaciones económicas y políticas con otros estados siempre que se trate de reglas recíprocas y de conveniencia nacional; dentro de estas regulaciones de rango constitucional y por medio de tratados internacionales, bien podía el Estado colombiano comprometerse a no expropiar sin indemnización por razones de equidad determinado grupo o tipo de inversiones extranjeras o las inversiones de los súbditos de otro estado o nación amiga previamente determinados y durante un término, pues en última instancia se trata del ejercicio de la misma competencia de decidir sobre la expropiación con fundamento en razones generales pero cuyo contenido se construye a partir de juicios o criterios de equidad. Sin duda, como corresponde al legislador la definición positiva del ejercicio de la competencia de decretar la mencionada expropiación por razones de equidad por un procedimiento en el que se exige una mayoría calificada para su aprobación, bien puede el mismo legislador aprobar una disposición legal de la categoría de un tratado internacional en la que el Estado por el mismo tipo de razones de equidad se comprometa a no decretarla en un determinado caso o para un determinado grupo de súbditos y durante un término definido en desarrollo de la política del Estado de internacionalizar las relaciones económicas.”

Por lo anterior, los magistrados disidentes consideraron que la decisión adoptada por la Corte, en el proceso de la referencia, se convertía en un elemento disuasivo para la presencia de inversiones internacionales en Colombia, que además podía llegar a tener una incidencia negativa en el desarrollo y bienestar económico del país.

Por último, debemos mencionar que esta historia termina con una adaptación de la Constitución colombiana a los tratados bilaterales de inversión: en agosto de 1999 la regla de expropiación de Colombia se cambió, a partir de lo cual ya no se permite expropiación sin compensación. Según Schneiderman, esto da un ejemplo del “constitucionalismo neo-liberal disciplinando el texto constitucional doméstico: la interferencia con la propiedad privada y los derechos de los inversionistas está simplemente más allá de los límites de la aceptabilidad.”⁵⁶⁸

D. El caso Metalclad v Estados Unidos Mexicanos

El primer caso en el que un inversionista extranjero demandó al Estado mexicano en el marco del Capítulo XI del TLCAN, fue el instaurado por Metalclad Corporation, en relación con una inversión realizada en el estado de San Luis Potosí. Como se verá a partir de la reseña del caso que presentamos a continuación, existen diversos temas que exigen una reflexión profunda desde la perspectiva del derecho constitucional. En especial, es importante examinar el caso puesto que, como indica Miguel Rábago, en relación con el mismo se dictó el primer y único laudo contra México en el contexto del artículo 1110 del Capítulo XI, por lo que es el más importante para definir los alcances de la definición de la expropiación en el TLCAN para México.⁵⁶⁹

A inicios de la década de los noventa del siglo pasado, la empresa norteamericana Metalclad Corporation, dedicada al manejo y confinamiento de residuos peligrosos, inició una serie de actividades dirigidas a adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, Estado de San Luis Potosí, a través de la compra de la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A., de C.V.(COTERIN).

⁵⁶⁸ Schneiderman, *op. cit.*, “Constitutional Approaches...”, pp. 107-108.

⁵⁶⁹ Rábago Dorbecker, Miguel, “El Régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?”, en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho Comparado Asia –México*, UNAM, México, 2007, p. 462.

En 1990 el gobierno federal mexicano autorizó a COTERIN la construcción y operación de la referida planta. Posteriormente, en enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología otorgó a COTERIN un permiso federal para la construcción del confinamiento. Y en abril de 1993 Metalclad concluyó el contrato de opción a 6 meses para la compra de COTERIN y de sus permisos. Asimismo, en mayo del mismo año el gobierno de San Luis Potosí otorgó a COTERIN un permiso estatal de uso de suelo para la construcción del confinamiento. En septiembre de 1993, y después de una serie de reuniones sucesivas con autoridades federales y estatales (incluyendo al gobernador de San Luis Potosí), Metalclad, ejerció su opción y compró COTERIN, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos. En abril de 1994 inició la construcción del confinamiento, con conocimiento e inspecciones por parte de autoridades federales y estatales, pero sin contar con el permiso municipal de construcción.⁵⁷⁰

El 26 de octubre de 1994, el Municipio de Guadalcázar ordenó el cese de toda actividad en el sitio, debido a la falta del permiso municipal de construcción. Ante esto, Metalclad solicitó el permiso respectivo, y reanudó la construcción, misma que terminó en marzo de 1995. Sin embargo, la inauguración del confinamiento fue impedida por manifestaciones y bloqueos.

Se entabló así una serie de negociaciones entre Metalclad y autoridades federales, quienes finalmente suscribieron un Convenio de Concertación que establecía y permitía la operación del confinamiento. Sin embargo, el gobernador de San Luis Potosí desconoció el convenio, mientras que el municipio entabló un juicio de amparo en contra de él, el cual fue desechado por improcedente, en razón de que el municipio-se adujo- no es titular de garantías individuales.⁵⁷¹ Sin embargo, en lo que se decretaba la resolución, el

⁵⁷⁰ Azuela señala que Metalclad dio este paso a sabiendas de la oposición que la población y autoridades del municipio de Guadalcázar contra el proyecto 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*, UNAM, México, 2010, p.

⁵⁷¹ González Oropeza ha señalado que si bien formalmente, la tesis de que los municipios no goza de garantías individuales es correcta, el artículo 103 constitucional omite incluir al Municipio como parte afectada por leyes o actos de las autoridades federales y estatales. Y a pesar de que exista la controversia constitucional, la naturaleza de esta permite la defensa del

municipio obtuvo una suspensión relativa al convenio, lo que en la práctica significaba que el confinamiento no podía operar (y los jueces federales tardaron más de cuatro años en resolver el amparo).⁵⁷² Posteriormente, el 5 de diciembre de 1995, esto es, trece meses después de que Metalclad presentara su solicitud del permiso municipal de construcción, éste fue negado.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador de San Luis Potosí, emitió un Decreto Ecológico declarando un Area Natural para la protección de una especie de cactus (expedido tres días antes de que terminara su período de gobierno), que abarcaba el área del confinamiento. La consecuencia del decreto no era otra que impedir la operación y funcionamiento del confinamiento.

Ante estos hechos, Metalclad decidió recurrir al mecanismo del Capítulo XI del TLCAN, y con ello sacó el conflicto de la jurisdicción nacional.⁵⁷³ En su demanda, Metalclad alegó que los Estados Unidos Mexicanos, a través de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos, lo cual constituía una violación de las disposiciones del Capítulo XI sobre inversión del TLCAN. En particular, Metalclad alegó violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, que dispone que cada Parte en el TLCAN “[otorgue] a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”; y al (ii)

ámbito de competencias que corresponden al municipio, pero no por la afectación proveniente de actos de autoridad federales o estatales, como el permiso de construcción, que infringen las facultades propias del municipio. Concluye el autor que debiera reformarse las fracciones II y III del 103 constitucional, para incluir a los Municipios. González Oropeza, Manuel, “Los Municipios Mexicanos y el Libre Comercio, El Caso de Metalclad”, *Suplemento: SCLC/Estudios Jurídicos y Políticos*, no. 4, julio-diciembre, UNACH, Chiapas, 2006, pp. 5-6.

⁵⁷² Así lo informa 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, UNAM, México, 2010, p. 5.

⁵⁷³ Esta posibilidad de desplazamiento de un conflicto del espacio jurídico nacional, al espacio jurídico de América del Norte, es lo que Azuela denomina una ‘nueva geografía’ del derecho mexicano. Esta fue la primera vez, dice Azuela, que el Estado mexicano se veía en la necesidad de justificar el ejercicio del poder público sobre una empresa en el contexto institucional del TLCAN. Azuela, *op. cit.*, p. 19.

artículo 1110, que estipula que “ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”.⁵⁷⁴

Por así permitirlo las normas del Capítulo XI, las partes seleccionaron Vancouver como el sitio del arbitraje (lo cual es relevante, puesto que, como se verá, ello implicaba que en caso de que alguna de las partes decidiera solicitar la revisión del laudo del tribunal arbitral, la revisión se realizaría por los tribunales del sitio del arbitraje, y conforme a las leyes de éste). Eventualmente, el tribunal arbitral quedó integrado con un panelista de cada uno de los países del TLCAN.

El tribunal arbitral del Capítulo XI del TLCAN hizo las siguientes consideraciones:⁵⁷⁵

1. Los actos de las entidades territoriales se consideran como actos del Estado mexicano. En este sentido, el propio TLCAN establece en su artículo 105, relativo a la “Extensión de las obligaciones”, lo siguiente:

“Las Partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.”

Mientras que el artículo 201.2 del TLCAN dispone que:

“2. Para efectos de este Tratado, toda referencia a estados o provincias incluye a los gobiernos locales de estos estados o provincias, salvo que se especifique otra cosa.”

⁵⁷⁴ En su demanda ante el panel binacional de Capítulo XI, Metalclad también afirmó que los gobiernos estatal y municipal habían participado, en parte al menos, en la organización de las manifestaciones y bloqueos que afectaron la inauguración del confinamiento.

⁵⁷⁵ Metalclad v Estados Unidos Mexicanos, laudo de 30 de agosto de 2000. Disponible en: www.rmalc.org.mx/CIADI/mm-award-s.pdf .

Por tanto, no podía haber duda de que el Estado mexicano, representado por el gobierno federal, respondía por los actos de los gobiernos estatales y municipales que violentaran el TLCAN.

2. El municipio de Guadalcázar no estaba constitucionalmente facultado para negar u otorgar permisos de construcción basado en consideraciones de impacto ambiental.

En este tema, el tribunal arbitral reconoció que, efectivamente, según el artículo 115, fracción V de la Constitución mexicana el municipio tiene facultades para "...otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas..." Sin embargo, esto incluía como facultades del municipio únicamente el manejo de permisos de construcción, puesto que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (LGEEPA) expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos.

Así, el artículo 5 de la LGEEPA establece que es facultad de la Federación:

"V. La regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y de la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos peligrosos para el ambiente o los ecosistemas, así como para la preservación de los recursos naturales, de conformidad con esta Ley, otros ordenamientos aplicables y sus disposiciones reglamentarias."

Por otro lado, el tribunal arbitral consideró que del artículo 8 de la LGEEP se desprendían limitaciones a las facultades del municipio en materia de medio ambiente a aquello relativo a residuos no peligrosos; mientras que el artículo 7 de la propia ley limitaba las facultades del estado en materia de medio ambiente a aquellas no expresamente otorgadas al gobierno federal.

Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, había sido inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

Con base en lo anterior, el tribunal arbitral consideró que se había dejado creer a Metalclad, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento; y basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad había iniciado la construcción del confinamiento, de manera abierta y continuada, y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la “Orden de Clausura” del 26 de octubre de 1994 (orden que se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.) Para el tribunal, ello significaba que Metalclad no había sido tratado justa y equitativamente de acuerdo con el artículo 1105 (Trato mínimo) del TLCAN.

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que las acciones de las autoridades mexicanas en el caso, debían analizarse a la luz del principio de transparencia del Capítulo XVIII del TLCAN, el cual se veía violentado en virtud de la inexistencia de reglas claras y de prácticas que definieran si Metalclad tenía o no que obtener el permiso municipal de construcción para construir el confinamiento en San Luis Potosí. Además, dicho principio de transparencia se había violado en el caso, porque autoridades federales y estatales le habían hecho creer a Metalclad que el permiso no era requerido; y, finalmente, porque el municipio de Guadalcázar había fallado en su obligación de una regulación transparente, al no notificar adecuadamente a Metalclad y no dar razones adecuadas y creíbles para negar el permiso. En el laudo correspondiente se puede leer lo siguiente:

“99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

100. Más aún, los actos del Estado y del Municipio – y por lo tanto actos de México – incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del Municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (*Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*).⁵⁷⁶

3. En cuanto al tema de la expropiación, el tribunal arbitral consideró que el TLCAN incluía no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuviese el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. En este tema, consideró el tribunal arbitral que:

“104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.”⁵⁷⁷

En conclusión, el Tribunal sostuvo que México había expropiado indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta última una indemnización por la expropiación, por lo cual, México había violado el artículo 1110 del TLCAN.

4. Finalmente, el tribunal arbitral procedió a realizar la cuantificación de los daños y determinación de la indemnización con base en el “valor justo de mercado” de la inversión real de Metalclad en el proyecto. Así, México fue condenado a pagar a Metalclad la suma de US \$16,685,000.00 entro de los 45

⁵⁷⁶ Metalclad v Estados Unidos Mexicanos, laudo de 30 de agosto de 2000.

⁵⁷⁷ *Idem*.

días posteriores a la emisión del laudo; y transcurrido dicho plazo, se acumularía un interés compuesto del 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

México demandó la nulidad del laudo alegando, entre otras cosas, errores de derecho que podrían anular el laudo conforme a la legislación del foro del arbitraje. Cabe recordar que en razón de que el arbitraje se había realizado según las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, los tribunales domésticos podían revisar el laudo del tribunal arbitral. Es decir, bajo estas reglas, una parte puede pedir a los tribunales del lugar del arbitraje, que anule el laudo por violaciones a la legislación sobre arbitraje del foro. En este caso, Vancouver había sido escogida como el sitio del arbitraje, por lo que la revisión del laudo correspondió a un tribunal de la Columbia Británica, conforme a las leyes de dicha provincia canadiense (en el caso, la Ley de Arbitraje Internacional de Columbia Británica, *International Arbitration Commercial Act*). Esencialmente, y con base en disposiciones de dicha legislación, México alegó que el tribunal arbitral había ido más allá de su competencia y que había incurrido en violaciones a política pública de Columbia Británica.

Ahora bien, aplicando normas y estándares del sistema jurídico de Columbia Británica, la sentencia del tribunal canadiense de mayo 2 de 2001, determinó que el panel arbitral había ido más allá del alcance permitido por el acuerdo de someterse a arbitraje contenido en el Capítulo XI del TLCAN.⁵⁷⁸ En esencia, el juez Tysoe señaló en su sentencia que el “exceso de jurisdicción”, había consistido en que el tribunal arbitral había interpretado erróneamente el artículo 1105 del TLCAN, al considerar incluidas dentro de éste obligaciones de transparencia, y basar su decisión en tal concepto de transparencia. El juez Tysoe expresó: “México ha fallado en asegurar un marco transparente y predecible para la planeación empresarial e inversión de Metalclad. De ahí, el

⁵⁷⁸ Señala Azuela que lo que el juez canadiense estaba tratando de hacer era “acotar, desde la lógica del estado nacional, el alcance de las decisiones de un tribunal supranacional. Es por eso que llegaba a la conclusión de que dicho Tribunal Arbitral había excedido el alcance del TLC al hacer juicios sobre la licencia municipal. Es decir, que no tenía porqué juzgar el modo en que se ejercen las atribuciones locales en alguno de los países miembros del tratado.” Azuela, *op. cit.*, p. 52.

Tribunal tomó su decisión sobre la base de la transparencia. Esta era una materia más allá del alcance de la sujeción a arbitraje porque no hay obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo 11”.⁵⁷⁹ Asimismo, el juez Tysoe consideró que no había evidencia de una violación al artículo 1110 del TLCAN por parte de los actos anteriores al Decreto Ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí. Sin embargo, estimó que la determinación del tribunal arbitral en el sentido de que México había expropiado la inversión y propiedades de Metalclad a través de dicho decreto, no era “evidentemente irracional” (*patently unreasonable*) y que se sostenía por sí misma, al no estar basada en la falta de transparencia o en una violación al artículo 1105. Es decir, aplicando los criterios del sistema jurídico canadiense, el juez de Columbia Británica determinó que a menos que fuera “evidentemente irracional”, él no estaba facultado para sustituir el laudo del tribunal arbitral que conoció del caso Metalclad v México:

“99. El Tribunal dio una definición extremadamente amplia de expropiación para los propósitos del Artículo 1110. Además de la más convencional noción de expropiación que implica la toma de propiedad, el Tribunal determinó que la expropiación bajo el TLCAN incluye interferencias encubiertas o incidentales sobre el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en una parte significativa, del uso o el beneficio económico que razonablemente se puede esperar de la propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir la legítima redefinición del uso de suelo por parte de un municipio u otra autoridad con facultad para hacerlo. Sin embargo, la definición de expropiación es una cuestión de derecho con la que este Tribunal no está facultado para interferir bajo el *International Commercial Arbitration Act*.”

“100. El Tribunal revisó los términos del Decreto Ecológico y concluyó que había en efecto impedido para siempre la operación del confinamiento de Metalclad y constituía un acto equivalente a la expropiación. Hizo referencia al Artículo noveno del Decreto, que exige que todas las actividades en el área estén sujetas a los lineamientos establecidos por el plan de administración para asegurar la conservación ecológica de la reserva de cactus. El Tribunal también hizo referencia al Artículo Catorce del Decreto, que prohíbe la derrama o descarga de agentes contaminantes en el suelo, subsuelo o agua del área de reserva. En mi opinión, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la expedición del Decreto era un acto equivalente a la expropiación no es evidentemente irracional.”

⁵⁷⁹ Ver sentencia del Juez Tysoe 2 de mayo de 2001, disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/ .

Por otro lado, resulta relevante destacar en este análisis el punto problemático relativo al carácter 'comercial' o 'público' de los estándares y criterios que la Suprema Corte de Columbia Británica habría de aplicar al resolver la revisión solicitada. El tema se relaciona con la discusión que arriba revisamos acerca de la penetración en la esfera pública del modelo de arbitraje privado contenido en los tratados bilaterales de inversión.

Como se puede ver en su sentencia, el juez Tysoe consideró que el laudo debía ser juzgado con los estándares limitados que se aplican a un laudo arbitral que surge de una disputa privada entre las partes de un contrato comercial. De ahí deriva el criterio de 'patently unreasonable' que aplicó para valorar el Decreto expropiatorio del gobernador de San Luis Potosí arriba referido. Su razonamiento fue el siguiente: la ley aplicable para revisar el laudo era la *International Commercial Arbitration Act* (ICAA), según la cual un arbitraje es 'comercial' si surge a partir de una serie de relaciones que enlista el artículo 1(6) de dicha ley, entre las cuales se incluye la "inversión" (inciso (p)), a pesar de que no exista una relación contractual. Siendo esto así, los estándares de revisión son los de la ICAA-concluyó Tysoe.

Los estándares de dicha ley aplicables al caso están limitados a los siguientes:

- a. que el laudo verse sobre una disputa que no esté contemplada o no entre en los términos de la sumisión al arbitraje, o que contenga decisiones sobre materias que vayan más allá del alcance de la sumisión al arbitraje; o
- b. que la composición del tribunal del arbitraje o el procedimiento de arbitraje no esté de acuerdo con el convenio de las partes.
- c. que el laudo entre en conflicto con política pública de Columbia Británica.

Por otra parte, el juez Tysoe aludió en su razonamiento al caso *Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corporation* (1991), como precedente judicial relevante, del cual se desprende un principio general de deferencia y de intervención judicial mínima en la revisión de laudos arbitrales de comercio internacional.

Cabe añadir que el juez Tysoe también empleó la doctrina del error 'evidentemente irracional', puesto que México lo invocó, argumentando que podía ser visto como una variedad del concepto de 'exceso de jurisdicción' contenido en la ICAA o bien como un factor independiente para determinar una anulación del laudo por ser contrario a la política pública de Columbia Británica.

En suma, todos estos son criterios derivados de la consideración de la disputa como una controversia 'comercial' a la que se aplicarían los criterios de revisión limitados de la ley aplicable al caso, es decir, la ICAA.

Ahora bien, el gobierno de Canadá, a través del Abogado General, decidió intervenir en el procedimiento, en razón de la relevancia que el TLCAN y su interpretación tiene para el país y para los futuros litigios. En el escrito que para el efecto presentara, el Abogado General consideró-a diferencia de Tysoe- que el estándar a utilizar debía ser la 'perspectiva pragmática y funcional', desarrollada por la Suprema Corte de Canadá para revisar decisiones de tribunales administrativos domésticos.⁵⁸⁰

En efecto, entre los puntos principales de su intervención, el Abogado General sostuvo que las disputas de Capítulo XI no eran de arbitraje comercial privado, lo cual a su vez debía tener un reflejo en la selección del estándar de revisión adecuado, que no era otro que la 'perspectiva pragmática y funcional' de la Suprema Corte de Canadá. El conflicto era inherentemente de naturaleza pública, pues estaban sujetas a revisión medidas públicas. Se trataba de valorar actos legislativos y administrativos que tienen que ver con temas de salud pública y medio ambiente, y no comerciales.

El Abogado General identificó diferencias entre arbitraje privado y el arbitraje del Capítulo XI del TLCAN:

⁵⁸⁰ Documento disponible en: <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65/metmexa.pdf>

a. Los derechos de los inversionistas derivan de un acuerdo internacional entre tres Estados partes, pero ellos no son partes en el TLCAN. Esto tiene un impacto en contra de la confidencialidad de los procedimientos dentro del arbitraje. Los inversionistas no tienen un derecho a la privacidad dentro del mismo. No hay una vinculación contractual entre las partes de la disputa, ni un convenio arbitral entre ellos.

b. Las partes en los procedimientos del Capítulo XI no se limita a las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial privado, como se deriva de los artículos 1127, 1128 y 1129 del TLCAN.

c. Varios aspectos del arbitraje del Capítulo XI son públicos:

- El resultado puede tener interés para el público en general; hay o puede haber un interés público involucrado
- No hay una regla en el TLCAN que prohíba la publicidad o la apertura en relación con los procedimientos arbitrales
- Las partes no están sujetas a una regla general de confidencialidad, como en el caso del arbitraje privado
- Se permite la participación de personas que no son partes, a través de *amicus curiae*
- El hecho de que el propio TLCAN tenga que establecer expresamente que las reclamaciones de Capítulo XI se considerarán como surgidas de una relación u operación comercial (para efectos de su ejecución por vía de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975), prueba que las disputas que implican actos legislativos o administrativos de los estados no son 'comerciales'.⁵⁸¹

⁵⁸¹ Artículo 1136.7 del TLCAN: "7. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial."

Por estas razones -consideró el Abogado General- los criterios de revisión debían ser más amplios, tal como los que se desprenden de la ‘perspectiva pragmática y funcional’, la cual toma en cuenta elementos como los siguientes: la presencia o ausencia de una ‘*privative clause*’;⁵⁸² la pericia técnica (*expertise*) relativa del tribunal, en comparación con la de la Suprema Corte; la naturaleza de la decisión que debe tomarse (si es una cuestión de derecho o de hecho); si la decisión a adoptarse es ‘policéntrica’ (esto es, que necesariamente implica la consideración de temas en conflicto y multifacéticos); y el propósito de la disposición y los instrumentos legales.

En suma, a juicio del Abogado General de Canadá, el arbitraje de Capítulo XI debía ser considerado como ‘público’ y no como ‘privado’, por lo que los tribunales arbitrales de dicho capítulo no debían gozar de deferencia judicial extensa y no debían estar protegidos por un alto estándar de revisión judicial.⁵⁸³

En su sentencia, se puede ver cómo es que el juez Tysoe valoró la opinión del Abogado General de Canadá. Sin embargo, consideró que no debía aplicar la doctrina relativa a la ‘perspectiva pragmática y funcional’, pues ésta sólo era aplicable-señaló- en casos de revisión de decisiones de tribunales creados por ley, y no a laudos de tribunales arbitrales.

A final de cuentas, la Suprema Corte de Columbia Británica no anuló el laudo en su totalidad. Sólo lo hizo en la parte correspondiente a la determinación del monto a pagar por concepto de indemnización y, específicamente, en lo que tiene que ver con el cálculo de los intereses originalmente establecidos como pago a Metalclad.

E. Crítica al laudo en el caso Metalclad vs México

⁵⁸² En Canadá, las ‘*privative clauses*’ son disposiciones introducidas por la propia legislatura dentro de las leyes que aprueba, que buscan excluir dichas leyes de la revisión por parte de los tribunales.

⁵⁸³ Abogado General de Canadá, *op. cit.*

Como era de esperarse, el laudo del caso Metalclad v México suscitó una discusión muy importante, pues permitió medir los alcances que tiene o puede tener el mecanismo de resolución de disputas contenido en el Capítulo XI del TLCAN. Entre los principales críticos de la decisión, destaca Antonio Azuela quien examina tres elementos específicos de la argumentación del tribunal arbitral. Primero, la idea de que los gobiernos deben proporcionar orientación jurídica a los inversionistas despistados. Para Azuela, Metalclad hace creer al tribunal que estaba desorientado respecto a la necesidad de contar con una licencia municipal y éste (es decir, el tribunal) inventa que los estados tienen la obligación de guiar a los inversionistas por el camino correcto. “La ineptitud de estos últimos se vuelve así un problema de estado y se crea una nueva forma de proteccionismo, ya no para las empresas nacionales sino para las extranjeras.”⁵⁸⁴

En segundo lugar, critica Azuela que el tribunal haya tomado por cierto el dicho de Metalclad en el sentido de que funcionarios federales ‘les dijeron’ que no requerían licencia municipal para construir el confinamiento. Ello supone un sesgo en favor de la empresa, al no exhibirse nunca pruebas al respecto. El tribunal no dudó en dar por buena la afirmación de Metalclad, a pesar de que México lo negó rotundamente.⁵⁸⁵

En tercer lugar, observa Azuela que el tribunal arbitral desestimó con gran facilidad las atribuciones que la Constitución otorga a los municipios en materia de usos de suelo: “Mientras por un lado hace suyos los argumentos de Metalclad en el sentido de que no se requería la intervención del Municipio, cuando se trata de considerar los argumentos de México simplemente dice: ‘Sin embargo, los peritos de México en derecho constitucional expresaron una opinión diferente’. Hasta ahí llegó la discusión. En ninguna parte del laudo se

⁵⁸⁴ Azuela se refiere aquí a lo sostenido por el tribunal arbitral en el numeral 76 del laudo: “Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las

leyes pertinentes.” Azuela, *op. cit.*, pp. 50-52.

⁵⁸⁵ *Idem.*

explica porqué esa ‘opinión diferente’ no era aceptable.” En general, Azuela advierte un sesgo del tribunal arbitral en favor del inversionista extranjero.⁵⁸⁶

Finalmente, debemos hacer notar algunas de las implicaciones que la decisión tiene, en relación con el derecho mexicano. Por ejemplo, a partir del caso examinado, ha quedado abierta la posibilidad de que inversionistas extranjeros desafíen decisiones gubernamentales de los estados y municipios, en ejercicio de funciones públicas sobre temas relevantes tales como protección del medio ambiente y de la salud pública y la regulación de los asentamientos humanos. Esta circunstancia, a su vez, tiene el potencial de disminuir la autoridad regulatoria de federación, estados y municipios, sobre todo si tomamos en cuenta la vaguedad de los conceptos de “trato justo y equitativo” del artículo 1105 (¿con qué criterios decidirá un tribunal cuando se está o no ante un trato justo y equitativo al inversionista extranjero ?) y la amplia definición de expropiación del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN; amén de que la lectura amplia de expropiación del tribunal arbitral en términos de ‘actos equivalentes a la expropiación’ y ‘expropiación indirecta’⁵⁸⁷ da a los

⁵⁸⁶ *Idem.*

⁵⁸⁷ Para Cremades y Cairos, esta definición es muy amplia pues abarca expropiación ‘directa’ e ‘indirecta’ y también medidas ‘equivalentes a la expropiación’. Esto último equivale a lo que en EUA se conoce como ‘regulatory takings’: “Un regulatory taking es una reducción en el valor de un bien como resultado de regulación gubernamental. Una disposición en un tratado multilateral o bilateral de inversión que prohíbe la expropiación indirecta combinada con las disposiciones sobre arbitraje inversionista-Estado da a un inversionista la capacidad de buscar compensación por pérdidas que deriven de regulaciones que reducen el valor de sus bienes. El inicio de tal arbitraje no atenta contra la legitimidad del poder de producir regulación ni necesariamente impugna los objetivos de política de las regulaciones, pero la distinción entre una demanda de compensación y un reto a la legitimidad de regulaciones es fácilmente perdida en la política de temas ambientales, salud pública y seguridad, y otros similares. El resultado es que tal arbitraje puede presentar al tribunal algunas cuestiones muy cargadas políticamente.” Además, señalan en relación con el caso *Metalclad v. EUM*: “La amplitud de la expresión expropiación indirecta crea falta de certeza entre los empresarios, los servidores públicos y sus asesores jurídicos en cuanto a la frontera apropiada entre regulación legítima sin compensación y un regulatory taking o expropiación indirecta. Esta falta de certeza incrementa la probabilidad de que emerjan disputas que requieran arbitraje y, por tanto, de laudos que traten con (o parezcan tratar con) conflictos entre obligaciones de comercio y opciones de política doméstica o social. Tales laudos inevitablemente habrán de ser empleados para propósitos políticos, con la consecuencia de más reclamos de tribunales secretos y anónimos y temores de la erosión de la democracia y la soberanía. El amplio-pero-vago derecho de los inversionistas extranjeros a una compensación por expropiación hoy continuará poniendo a los arbitrajes inversionista-Estado en conflicto con grupos que usan la regulación doméstica para hacer avanzar sus propias agendas políticas, tales como grupos ambientalistas y de salud pública, la falta de rendición de cuentas democrática del arbitraje significa que puede fácilmente ser descrita por tales grupos, así como por políticos nacionalistas y activistas anti-globalización, como una herramienta de las grandes empresas. El problema de credibilidad que enfrenta el arbitraje inversionista-Estado es que, constitucionalmente y políticamente, las

inversionistas extranjeros (de EUA y Canadá) protecciones de derechos de propiedad que van más allá de los que otorga la Constitución mexicana a los inversionistas y propietarios mexicanos.⁵⁸⁸

Capítulo VII Diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales de América Latina

1. Introducción

La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,⁵⁸⁹ y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),⁵⁹⁰ ha significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación, aplicación y eficacia distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta, aplica y garantiza la eficacia de los referidos derechos en México.

En la visión tradicional, es la Constitución la que define cuál es el catálogo de “garantías individuales” de las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. Asimismo, corresponde a los tribunales nacionales (en el caso de México, a los tribunales federales y, en última instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación), interpretarlos, desarrollarlos y aplicarlos, a fin de hacerlos eficaces. A su vez, esta actividad jurisdiccional se da a través de diversos instrumentos procesales de defensa de la Constitución,⁵⁹¹ entre los

implicaciones públicas del derecho a compensación por expropiación no embona bien con una institución privada.” Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁵⁸⁸ Ver Rábago Dorbecker, *op. cit.*, pp. 470-471.

⁵⁸⁹ México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el DOF el 7 de mayo de 1981.

⁵⁹⁰ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

⁵⁹¹ Fix Zamudio, Héctor, “Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento mexicano, UNAM, México, 1998.

que se encuentran el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.⁵⁹²

Sin embargo, el ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” (“Derechos Humanos” a partir de la reforma constitucional del 10 de Junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás tratados que forman parte del SIDH. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados

⁵⁹² A partir del caso Temixco, la Suprema Corte puede, en vía de controversia constitucional, examinar también violaciones a la parte dogmática de la Constitución, como ha quedado asentado en la tesis de jurisprudencia P./J. 98/99: **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control.” Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo X, Septiembre de 1999, pág. 703.

en la Convención⁵⁹³ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* "...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."⁵⁹⁴

Por otro lado, el sistema interamericano de derechos humanos ha creado sendos órganos de garantía, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), los cuales se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción del Pacto de San José. Para el desempeño de sus funciones, la Comisión puede realizar y publicar informes, realizar visitas *in locu*, tramitar y resolver peticiones individuales relativas a la violación de derechos humanos y emitir recomendaciones dirigidas a los Estados. Puede también ordenar la adopción de medidas cautelares, o bien solicitar a la CrIDH la adopción de medidas provisionales. Asimismo, está facultada para la celebración de audiencias referidas a los casos de que conoce, o bien sobre cuestiones generales o específicas relativas a la determinación de si hay o no violación de los compromisos derivados del Pacto de San José por los Estados parte. Finalmente, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones, la Comisión puede decidir llevar el caso correspondiente ante la CrIDH.

Por su parte, la CrIDH tiene una competencia consultiva y otra contenciosa. La primera, significa que los Estados parte pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de la CADH; o bien sobre la compatibilidad entre sus normas internas con la CADH y demás tratados que forman parte del sistema interamericano.⁵⁹⁵ La contenciosa, se refiere a la facultad de la CrIDH para conocer de casos concretos de violación de derechos humanos que le sean

⁵⁹³ Artículo 1º de la CADH: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

⁵⁹⁴ Artículo 2 de la CADH: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

⁵⁹⁵ Artículo 64 de la CADH.

sometidos por algún Estado o por la CIDH⁵⁹⁶, que puede derivar en la producción de sentencias declarativas de violaciones de derechos humanos y condenatorias a reparaciones.⁵⁹⁷ La solución de asuntos contenciosos se da con motivo de violaciones a la CADH pero también por violaciones a otros instrumentos internacionales del sistema interamericano que abren la puerta a la competencia contenciosa de la CrIDH.⁵⁹⁸ Esta función de la CrIDH, como intérprete último de los derechos humanos previstos en los tratados de derechos humanos del sistema interamericano, ha hecho que algunos autores la identifiquen como una especie de ‘jurisdicción constitucional en sede internacional’, o bien como un ‘tribunal constitucional internacional’.⁵⁹⁹

Asimismo, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes.⁶⁰⁰ Finalmente, la CrIDH es el órgano de última instancia de interpretación y aplicación de la CADH,⁶⁰¹ y ha sido reconocida como el “órgano natural” para la interpretación de dicha Convención.⁶⁰²

El sistema interamericano ha dado lugar a expresiones por parte de la doctrina, que van desde la internacionalización creciente de la regulación y protección de

⁵⁹⁶ Artículo 61 de la CADH.

⁵⁹⁷ García Ramírez, Sergio, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, UNAM, México, pp. 90-93.

⁵⁹⁸ Tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988; específicamente el artículo 19.6 relativo al derecho a la educación y a los derechos sindicales, únicos controvertibles ante la Corte); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8º) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII). Asimismo, según refiere García Ramírez, otras convenciones que no contienen esa misma atribución explícita de competencia a favor de la CrIDH, sólo pueden ser consideradas por ésta a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, tal y como lo ha sostenido la propia Corte. *Idem*.

⁵⁹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, “El Control de Convencionalidad de la Jurisprudencia Constitucional”, en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional et al., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 2, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 601-602.

⁶⁰⁰ Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Artículo 63.2 de la CADH.

⁶⁰¹ Artículo 67 de la CADH.

⁶⁰² Así lo ha reconocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a raíz de la OC-5/85 solicitada por Costa Rica en relación con una ley sobre colegiación obligatoria de periodistas. Ver CSJ, Sala Constitucional Cf. Sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995.

los derechos humanos;⁶⁰³ hasta la idea de una “justicia constitucional transnacional”;⁶⁰⁴ de un nivel jurídico metanacional y uniforme (*lex universalis*)⁶⁰⁵ o el amparo interamericano.⁶⁰⁶

Ahora bien, hablar de derechos fundamentales previstos en las constituciones nacionales, y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), nos lleva a identificar dos regímenes paralelos de derecho positivo, dos esferas jurídico-normativas válidas en sus propios términos, en principio separadas, pero a la vez unidas por diversos puentes.⁶⁰⁷ Asimismo, cada una de estas esferas cuenta con órganos de garantía propios, para la interpretación y aplicación de los correspondientes derechos; órganos que además tienen una pretensión de ser autoridad de última instancia en su respectivo ámbito.⁶⁰⁸

La existencia de estos regímenes paralelos, que en los hechos conforma un esquema de protección dual de la persona humana, en el que la concepción, interpretación y aplicación de los derechos por parte de los dos niveles puede no coincidir, ha dado lugar a una serie de debates acerca de cuál es y cuál

⁶⁰³ Fix, Zamudio, Héctor, *La creciente Internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*, Memoria 2008, El Colegio Nacional, México, 2008.

⁶⁰⁴ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Porrúa, México, 1993, pp. 61-63.

⁶⁰⁵ Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1999, t. I, p. 29.

⁶⁰⁶ Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, IIDH/EJV, Caracas/San José, 1998.

⁶⁰⁷ La metáfora de los puentes es empleada por García Ramírez, Sergio, Presentación del libro de Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XXVII-XXXII.

⁶⁰⁸ Al examinar la relación entre derecho internacional y derecho interno, Manuel Becerra señala que ambos son distintos, cada uno con sus propios sujetos y que, en lugar de contraponerse, se complementan. “El derecho internacional obliga a sus sujetos, y ocasionalmente a los individuos, a través de los Estados o de las organizaciones internacionales. Generalmente, para que una norma jurídica internacional tenga aplicación en el derecho interno; por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el mexicano [...] que tiene una apertura a los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estados, pero, por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes. Siendo el derecho internacional un sistema descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normativa.” Becerra, Manuel, “La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una Visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM/SRE, CRIDH, México, 2009, p. 299.

debe ser la relación adecuada entre ambos. En el presente trabajo nos referiremos a estos debates, y de manera más específica a la relación entre la CrIDH y los tribunales mexicanos.

En primer lugar, haremos una reseña del debate entre las posturas que hemos denominado 'internacionalista' versus 'nacionalista', relativo a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En segundo lugar, examinaremos las posibilidades de construir un modelo 'dialógico' que pueda guiar la interacción entre tribunales nacionales y la CrIDH, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos en nuestro país. Finalmente, discutiremos una serie de líneas de investigación que quedan abiertas para mayor reflexión, y que derivan del análisis emprendido en el presente trabajo.

2. Internacionalistas vs. Nacionalistas

A. La postura internacionalista

Simplificando para los efectos de este trabajo, podríamos decir que en el debate mexicano sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, por un lado están los 'internacionalistas', quienes racionalizan el sistema interamericano de derechos humanos más o menos de la siguiente manera: al ingresar al sistema interamericano de derechos humanos, los Estados adoptan la decisión soberana de formar parte de un esquema supranacional de protección de los derechos humanos, y al hacerlo se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; asimismo, los Estados, en ejercicio de su soberanía, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter (es decir, administrativas y judiciales), que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Arts. 1.1 y 2 de la CADH)

Asimismo, en la visión internacionalista, se considera que los Estados parte, al decidir soberanamente suscribir la Convención y formar así parte del sistema interamericano de Derechos Humanos (SIDH), aceptan también los llamados “Medios de Protección”, que están conformados por dos órganos como son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. En relación con esta última, los Estados tienen la opción de reconocer o no como obligatoria la competencia de la Corte, en términos del artículo 62.1 de la Convención:

“Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”

Por otro lado, el artículo 68.1 de la Convención establece que

“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

En esta visión, está claro que la obligatoriedad de cumplir con los compromisos adquiridos por los Estados que suscriben la Convención, expresando así su consentimiento en obligarse por un tratado, deriva de los principios de “pacta sunt servanda” y buena fe consagrados en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,⁶⁰⁹ y de la regla según la cual un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, como lo indica el artículo 27 de esa misma Convención.

Conviene señalar que desde esta postura, cuyas premisas comparto, los Estados no se adhieren a ciegas al SIDH. Del texto de la Convención y a partir de diversas normas de Derecho Internacional Público general, es posible conocer cuáles son las implicaciones de la decisión soberana de los Estados de integrarse al referido sistema. Asimismo, resulta importante señalar que el esquema está construido con base en el principio de subsidiariedad. Es decir,

⁶⁰⁹ Artículo “26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

el SIDH no está diseñado como un sustituto de los esquemas nacionales de protección de derechos fundamentales. En la lógica del sistema, está la idea de que los tribunales nacionales son los primeros llamados a respetar y hacer respetar los derechos humanos previstos en la Convención, en el entendido de que los órganos interamericanos pueden intervenir solamente en caso de que el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención. Es decir, se espera que los Estados sean, en primera instancia, quienes respeten y hagan respetar los derechos y solamente cuando el Estado no haya brindado protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia.⁶¹⁰ Ello está expresamente señalado en el párrafo segundo del Preámbulo de la Convención que a la letra dice:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”

Ahora bien, uno de los temas más relevantes y polémicos, es el relativo a los efectos de las sentencias de la CrIDH y su relación con los tribunales de los Estados parte de la CADH. En este sentido, podemos distinguir entre los efectos para los que han sido parte en un caso de que haya conocido la Corte, y los efectos respecto de los Estados que no hayan sido parte en el respectivo caso.

En la primera hipótesis, estamos ante el efecto *inter partes*, regulado por el artículo 68.1 de la Convención: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” A partir de esta disposición se puede perfectamente concluir que los tribunales de un Estado que ha sido parte en un caso contencioso, sí están

⁶¹⁰ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano”, en Becerra Ramírez, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México, 2007, p. 24

obligados a cumplir con la correspondiente decisión de la CrIDH (efecto de cosa juzgada).

En la segunda hipótesis, estamos ante el supuesto del llamado efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte: ¿los tribunales nacionales de los Estados que no fueron parte en un caso concreto, del cual derivó una sentencia en la que la CIDH hace una interpretación de algún derecho previsto en la Convención, obliga a aquéllos?; ¿están obligados dichos tribunales a aplicar el criterio de la CIDH en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales previstos en sus respectivas Constituciones nacionales?

La posición internacionalista, considera que sí hay una obligación en este sentido (efecto de cosa interpretada). En apoyo de esta idea se puede invocar el Derecho Internacional; y en particular, los ya referidos principios de *pacta sunt servanda* y cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales.

Esta postura ha sido objeto de construcción paulatina por parte de la CrIDH. La construcción del argumento va desde, por ejemplo, la sentencia en el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, en el cual la CrIDH razonó de la siguiente manera:

“112. (...) esta Corte ha sostenido reiteradamente que la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.”⁶¹¹

Hasta sentencias como Cantos vs Argentina, en el que quedó asentada la obligación de los Estados parte de adoptar en su orden jurídico interno todas

⁶¹¹ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C N.º 94, párr. 112. V.

las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.⁶¹²

Y finalmente, la sentencia relativa al caso Almonacid Arellano, la CrIDH determinó lo siguiente:

"124. La corte es consciente que los Jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también serán sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."⁶¹³

Por otro lado, y como señala Ayala Corao, se puede percibir el desarrollo de una jurisprudencia constitucional latinoamericana,⁶¹⁴ que considera que las sentencias de los jueces en general y las de la jurisdicción constitucional en particular, deben tomar en cuenta los derechos reconocidos en los

⁶¹² "59. Asimismo, en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica." CrIDH, sentencia de 28 de noviembre de 2002, relativa al caso Cantos vs. Argentina, párr. 59.

⁶¹³ CrIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁶¹⁴ En los EUA se debate también, a nivel de la Corte Suprema y a nivel académico-doctrinario, acerca del uso del derecho internacional en el análisis constitucional. En favor de la postura internacionalista, Sarah Cleveland ha reseñado el uso que históricamente se ha dado del derecho internacional en el análisis constitucional estadounidense (para contradecir a quienes sostienen el carácter novedoso de esta práctica); asimismo, analiza las formas en que la Corte Suprema de dicho país ha hecho uso del derecho internacional, e identifica lecciones para un uso apropiado del derecho internacional. Cleveland, Sarah H., "Our International Constitution", *Yale Journal of International Law*, vol. 31, no. 2006, pp. 1 y ss.

instrumentos internacionales, así como la interpretación de dichos derechos desarrollada en las opiniones consultivas y sentencias de la CrIDH.⁶¹⁵

En este sentido, ya hemos mencionado la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a raíz de la OC-5/85 solicitada por Costa Rica en relación con una ley sobre colegiación obligatoria de periodistas, en virtud de la cual decretó la inconstitucionalidad del artículo 22 de dicha ley apoyándose en el valor de “norma interpretada” de la referida opinión consultiva.⁶¹⁶

Igualmente, destaca la Corte Constitucional de Colombia, que en la Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997, señaló:

“Entre las medidas de ‘otro carácter’ deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces – como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos”.

Por su parte, desde antes de la reforma constitucional de 1994 que constitucionalizó diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, consideró en el famoso fallo Ekmekdjian c/ Sofovich:

“Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1)”.⁶¹⁷

⁶¹⁵ Ayala Corao, *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, p. 2. Disponible en: <http://www.idpc.es/archivo/1212662975carlosayala.pdf>

⁶¹⁶ Ver CSJ, Sala Constitucional Cf. Sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995.

⁶¹⁷ CSJN, 07/07/1992.

En el mismo sentido, en 1995 la propia Corte Suprema Argentina razonó así:

“De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y artículo 2º, Ley 23.054”.⁶¹⁸

Cabe destacar que incluso la Corte Suprema argentina ha sostenido también la obligatoriedad de la *jurisprudencia*⁶¹⁹ de la Comisión Interamericana para los tribunales argentinos:

“debe revocarse las resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1 ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.⁶²⁰

Por otro lado, resulta interesante mencionar que en México, a nivel de Tribunales Colegiados de Circuito, ya se puede identificar algunos razonamientos que implican el reconocimiento del deber de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México, así como la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales que realicen la interpretación de esos tratados, convenciones o pactos. Ello se puede apreciar en la siguientes tesis aisladas:

Tesis XI.1o.A.T.47 K

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad

⁶¹⁸ Caso “*Giroldi*”, Fallos 318:514 del 7 de Abril de 1995.

⁶¹⁹ El empleo de la palabra *jurisprudencia* para referirse a las decisiones e interpretaciones de la CIDH es cuestionable, pues en estricto sentido dicha comisión no es un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales.

⁶²⁰ Caso Bramajo, Hernán Javier s/ Incidente de Excarcelación, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 12/09/1996, párrafo 15.

entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.”⁶²¹

Tesis XI.1o.A.T.45 K

“TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.”⁶²²

Tesis I.7o.C.51

“JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal

⁶²¹ Semanario Judicial de la Federación, Novena Epoca, Tomo XXXI, Mayo de 2010, pág. 1932.

⁶²² *Ibid.*, pág. 2079.

internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 623/2008. Procuraduría General de la República y otras. 23 de octubre de 2008. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.⁶²³

Tesis I.7o.C.46 K

“DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García.

⁶²³ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Epoca, Tomo XXVIII, Diciembre de 2008, pág. 1052.

Secretario:

Benjamín

Garcilazo

Ruiz.⁶²⁴

Como ilustran estas tesis, existen ya casos en los que Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) han otorgado el amparo en protección de quejosos que han alegado violaciones a sus derechos humanos previstos en la Convención Americana. Por ejemplo, en el amparo directo 1060/2008, el quejoso impugnó el desechamiento que el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán hizo de su demanda de nulidad de la imposición y cobro de una multa y la detención arbitraria de parte de la autoridad administrativa (seguridad pública), así como la omisión de parte del Gobernador del Estado de Michoacán “de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores.”⁶²⁵

El TCC consideró que con su decisión, el Tribunal contencioso-administrativo de Michoacán no había actuado conforme a derecho, pues se había negado a adoptar como parámetro para su examen de legalidad del acto impugnado la CADH, misma que forma parte del sistema jurídico mexicano al haber suscrito México atendiendo al principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el Estado Mexicano contrajo obligaciones frente a la comunidad internacional que no deben ser desconocidas con sólo invocar normas de derecho interno, pues

⁶²⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Epoca, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, pág. 1083.

⁶²⁵ El tribunal contencioso-administrativo de Michoacán razonó así: “El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado no puede erigirse en órgano de control constitucional, ni pronunciarse respecto a la conculcación de las garantías individuales previstas en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, ni a la infracción a los normativos del Pacto de San José, como lo pretende el recurrente, dado que el trámite y resolución del juicio contencioso administrativo no da la pauta para ello, toda vez que los actos impugnados en el juicio de nulidad se analizan en función de las leyes ordinarias, normas o instrucciones generales emitidas por las autoridades estatales o municipales que los rigen y no -se insiste- en atención a si la transgresión, esté en oposición de un precepto de la Constitución Federal, cuyo análisis corresponde al Poder Judicial de la Federación.” Amparo Directo 1060/2008, Morelia, Michoacán. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, correspondiente al 2 de julio de 2009.

ante cualquier desacato infundado se corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad internacional. El tribunal razonó así:

“Luego, como el dispositivo constitucional de referencia otorgó el rango de ley del país a los tratados celebrados y que en un futuro se suscriban por el presidente de la República, sin más condición para ello que la de que no sean contrarios a la propia Constitución y sean aprobados por el Senado, es inconcuso entonces que lo pactado en los tratados queda automáticamente incorporado al derecho interno mexicano, por así haberlo dispuesto el Constituyente; con independencia de que para otros efectos, la materia del tratado sea competencia de la Federación o de las entidades federativas, lo cual se apoya en el principio relativo a que no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas para su observancia.

En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete...”⁶²⁶

En suma, para el TCC, los tribunales nacionales están obligados a ejercer "el control de convencionalidad" "en sede nacional", respecto de actos de autoridad, lo que implica la adopción en el sistema jurídico interno tanto de las

⁶²⁶ El TCC se refiere a la tesis aislada 1a. CXLI/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y texto son los siguientes:

"INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: 'la expresión «interés superior del niño» ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño'."

normas como la interpretación de éstas,⁶²⁷ “lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.”

Por la relevancia y novedoso del razonamiento, nos permitimos citar textualmente la parte central de la sentencia del TCC que venimos examinando:

“II. El tipo de control de convencionalidad en sede interna se actualiza cuando el Juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona.

Consecuente con lo considerado, es válido sustentar que el control de convencionalidad tanto en sede internacional como nacional lo representa el examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos -acción u omisión- internacionalmente ilícitos; que como técnica jurídica de control tiene por objeto preservar y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de los gobernados tanto en el derecho nacional como en el internacional.

De ello se deriva la consideración de que en el juicio de convencionalidad:

1. Por "acción" del legislador: es posible declarar que la existencia de una determinada legislación pueda generar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Por la "omisión" del legislador: en cuyo caso lo que viola un derecho reconocido en la Convención no es tanto la existencia de una legislación como su inexistencia.

Lo hasta aquí expresado conlleva a este cuerpo colegiado a determinar que en el caso concreto la autoridad responsable frente a lo que el quejoso demandó del Ejecutivo del Estado, en torno al pago de trescientos mil pesos por la omisión que le atribuyó de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia y la aplicación -en los procedimientos administrativos- de los artículos 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está legalmente vinculado a observar el control de convencionalidad en sede interna, que implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las convenciones internacionales de las que México es parte y de

⁶²⁷ “... la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete.”

las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales.

Sin que sea jurídico sustentar que para controlar el aludido acto de autoridad que pretendió impugnar en sede administrativa el quejoso, sólo podía hacerlo a través del juicio de control constitucional previsto en los artículos 103 y 107 de la Carta Magna, por cuanto que el juicio de amparo no es un medio de defensa ordinario sino un medio de control constitucional que conforme a su naturaleza, tiene el carácter de extraordinario, por lo que procede únicamente respecto de aquellos actos contra los cuales la ley secundaria no concede recurso alguno, por virtud del cual puedan repararse los perjuicios que dichos actos ocasionan al gobernado.

Menos cuando el amparo no constituye un mecanismo para determinar condenas, como la de trescientos mil pesos que le reclama al gobernador del Estado de Michoacán, como consecuencia de la inactividad legislativa que le atribuye; acorde con las razones que sustentan la tesis aislada II.2o.P.74 P - que se comparte- del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que a continuación se transcribe:

"AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES. La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma."

(Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, julio de 2003, Novena Época, Materia Penal-común, página 1024, registro 183935).

Así, como consecuencia de la parte que resultó fundada de los conceptos de violación analizados, debe concederse la protección constitucional impetrada, para que la autoridad responsable acate los efectos siguientes:

1. Deje insubsistente el acto reclamado.

2. Dicte uno nuevo en el que:

2.1. Reitere las consideraciones que en este fallo se determinó son legales.

2.2. Siguiendo los lineamientos establecidos en esta ejecutoria prescinda considerar que no tiene facultades para pronunciarse respecto a la aplicación de normativos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.3. Atendiendo a lo que el quejoso le expresó en el recurso de reconsideración, determine si corresponde admitir o no, la demanda de nulidad promovida por el quejoso, únicamente en lo que se refiere al acto que le atribuye al Ejecutivo del Estado, sin desatender a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resulten aplicables.”

Resulta claro entonces, que la postura internacionalista ha hecho su aparición en el razonamiento de los tribunales federales mexicanos.⁶²⁸ Esto abre una serie de posibilidades de desarrollos interesantes, en particular en relación con el sistema de control constitucional concentrado que históricamente se ha venido conformando en nuestro país (a pesar del texto de la segunda oración del artículo 133 constitucional).

Por último, en favor de la postura internacionalista también se puede invocar una justificación funcional y estructural, en el siguiente sentido: que los tribunales nacionales tomen como guía y orientación la interpretación de la CrIDH, es un requerimiento para la coordinación y coherencia del sistema en su conjunto, cuyo buen funcionamiento es deseable en aras de una mejor protección de los derechos de las personas.

Esta idea se corresponde con lo que Fernando Silva García ha denominado la preeminencia lógica de la CrIDH, derivada del sometimiento jurídico que surge

⁶²⁸ Góngora Mera sostiene que el cambio en la manera en que los tribunales constitucionales latinoamericanos se relacionan con la CrIDH se debe a dos factores esenciales: por un lado, la CrIDH ha alterado su esquema tradicional de relación con los países miembros del sistema interamericano, conocido en la doctrina como el modelo de caja negra (*black-box mode*); es decir, en lugar de dirigir órdenes al Estado como un todo, desde los noventa ha iniciado la práctica de atribuir obligaciones específicas a órganos estatales, incluyendo al poder legislativo y a los jueces nacionales. Por otro lado, Góngora ve que el hecho de que los tribunales constitucionales de la región le estén dando cada vez más importancia a las sentencias de la CrIDH, incluso las que no están dirigidas a su Estado, se debe en buena medida a la expansión regional de la doctrina del bloque de constitucionalidad. Según esta doctrina, ciertos tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional a nivel interno, “...y son incorporados en el parámetro de constitucionalidad en el control de las normas del ordenamiento jurídico. Al reconocer esta jerarquía superior a los tratados de derechos humanos, los órganos internacionales encargados de su interpretación (en particular la Corte Interamericana respecto de los tratados interamericanos de derechos humanos) han ganado relevancia en la interpretación de provisiones constitucionales a nivel doméstico.” 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?*, Tomo II, UNAM, México, 2010, pp. 404-405.

del consentimiento mismo del Estado que suscribe la Convención y se somete a la jurisdicción contenciosa de la Corte. Ello, a su vez, implica reconocer a la Corte Interamericana autoridad como órgano natural de interpretación de la Convención.⁶²⁹ Como indica Ayala Corao, en estos casos, los tribunales nacionales no sólo deberían servir de instrumentos para ejecutar, en el derecho interno, las decisiones reparatorias ordenadas por los órganos del sistema interamericano, sino que, además, deberían tomar debida nota de la jurisprudencia establecida por aquéllos órganos, a fin de incorporarla a su jurisprudencia interna y, así, evitar que casos futuros tengan que ser llevados ante los foros internacionales.⁶³⁰

En suma, la postura internacionalista puede resumirse aludiendo a lo sostenido por Fix Zamudio, para quien los derechos humanos previstos en tratados internacionales, una vez cumplidos los requisitos materiales y formales de incorporación establecidos en la propia Constitución, se convierten en ‘derechos humanos constitucionales internos de fuente internacional’, plenamente obligatorios y aplicables en el ámbito doméstico.⁶³¹

B. La postura nacionalista

Ahora bien, frente a la postura que hemos llamado ‘internacionalista’ se encuentra otra que podríamos denominar la perspectiva ‘nacionalista’. Un buen ejemplo de esta postura puede encontrarse, en el caso mexicano, en los argumentos del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Salvador Aguirre Anguiano, quien ha sostenido que la aceptación de la jurisdicción supranacional de la CrIDH dejó a la Suprema Corte en segundo lugar jerárquico, sin haberse hecho una reforma previa de la Constitución que

⁶²⁹ Silva García, Fernando, “Hacia un Diálogo Jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, UNAM, México, 2009, pp. 702-703.

⁶³⁰ Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, *Recepción...*, p. 20.

⁶³¹ Fix Zamudio, Héctor, “La Creciente Internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un *Lus Constitutionale Commune* en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010, p. 651.

así lo permitiera, contraviniendo con ello el texto mismo del artículo 133 constitucional.⁶³²

Asimismo, considera el Ministro Aguirre que una posible condena por parte de la CrIDH a la modificación de la Constitución mexicana,⁶³³ provocaría un quebranto al orden jurídico interno pues según el derecho interno, es la CADH la que se debe ajustar a la Constitución y no al revés: “el que con posterioridad se declare inconvencional en alguna de sus disposiciones, implica que en su origen no podía jurídicamente haberse adoptado la Convención.”⁶³⁴

Por último, considera que aceptar la subordinación del criterio de la Suprema Corte mexicana encargada de la interpretación de la Constitución, a la Corte Interamericana, supeditando la interpretación constitucional a la convencional, vulneraría la autonomía concedida a la Suprema Corte por el Estado, en uso de su soberanía, y se violaría también el principio de división de poderes. Un tratado internacional no puede modificar una previsión constitucional que establece la competencia de uno de los poderes de la Unión. En consecuencia- sostiene el ministro Aguirre- no es admisible un pacto internacional que prevea a la jurisdicción internacional como vinculante para el supremo tribunal de la Nación, a quien no se le asignó tal competencia constitucional y por ende, no se encuentra facultado constitucionalmente para ello.⁶³⁵

El debate en el seno de la Corte ha cobrado aún mayor relevancia a raíz de la sentencia condenatoria de la CrIDH en contra del Estado mexicano, en el caso Rosendo Radilla.⁶³⁶ Como se recordará, dicho caso surge a partir de la

⁶³² Aguirre Anguiano, Salvador, “‘Aplicar Justicia en tierra ajena’ Dicotomía fundamental entre el Derecho y la Vida. Luis Recasens Siches”, Ponencia presentada en el Seminario Internacional “La protección Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos” Lima, Perú, 19 de abril de 2010, p. 3.

⁶³³ Como ha sucedido en el caso “Última tentación de Cristo”, a raíz del cual Chile modificó su constitución en la que se preveía la ‘censura previa’.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁶³⁶ En EUA el debate que venimos reseñando también se ha dado. Por ejemplo, en favor de la postura ‘nacionalista’, se ha argumentado que los tribunales internacionales tienen implicaciones negativas en relación con el principio democrático. En este sentido, se ha afirmado que el poder judicial es una institución gubernamental, que está inmersa en un proceso político más amplio, por lo que hace una gran diferencia si la resolución de casos ocurre al nivel de tribunales nacionales o internacionales. Las muchas conexiones indirectas entre la judicatura nacional y los procesos democráticos son esenciales para asegurar que el

presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México, sin que el Estado hubiese sancionado penalmente a los responsables, ni hubiese asegurado a los familiares una adecuada reparación. Por lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarase la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los derechos consagrados en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte declarar la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de varios familiares del señor Radilla Pacheco. Y solicitó también que se declarase el incumplimiento por parte del Estado del artículo 2 de la Convención Americana (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno). Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de determinadas medidas de reparación, pecuniarias y no pecuniarias.⁶³⁷

En su sentencia, la CrIDH encontró que el Estado mexicano era responsable de: la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, en relación con la obligación de respetar y garantizar contenida en el artículo 1.1 de la misma y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco; asimismo, se encontró responsable al Estado mexicano por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, y también por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos

derecho conserve su pretensión de autoridad legítima en una sociedad que tiene la pretensión de auto-gobernarse. Ver Rubinfeld, Jed, "Unilateralism and Constitutionalism", *New York University Law Review*, vol. 79, no. 6, 2004, p. 2011.

⁶³⁷ Ver CrIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párrafos 2 y 3.

en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. Asimismo, la CrIDH encontró que el Estado mexicano había incumplido el 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 todo lo anterior la CrIDH, por unanimidad, condenó al Estado mexicano a lo siguiente:

A. El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

B El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales.

C. El Estado deberá 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.

D. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

E. El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

F. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 7, 52 a

66, 114 a 358 de la Sentencia del Caso Radilla, sin las notas al pie de página, y la parte resolutive de la misma, y publicar íntegramente el Fallo en el sitio *web* oficial de la Procuraduría General de la República, en un plazo de seis y dos meses, respectivamente, a partir de la notificación del propio Fallo.

G. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco.

H. El Estado deberá realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.

I. El Estado deberá brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a 105 las víctimas declaradas en el presente Fallo que así lo soliciten.

J. El Estado deberá pagar las cantidades fijadas en los párrafos 365, 370, 375 y 385 de la Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo.

Por último, se estableció en la sentencia que la CrIDH supervisaría el cumplimiento íntegro de la misma, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y que daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiese dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Además, determinó que el Estado mexicano debería dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.⁶³⁸

El 9 de febrero de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la sentencia del caso Rosendo Radilla y el 27 de mayo del mismo año el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, formuló una solicitud al Tribunal Pleno para que determinara el trámite que debería corresponder a la sentencia pronunciada en el caso. Revisar la discusión que se dio con motivo de esta consulta a trámite

⁶³⁸ *Ibid.*, Puntos Resolutivos.

promovida por el Ministro Presidente, resulta relevante pues ilustra parte de la postura nacionalista a la que hemos hecho referencia.⁶³⁹

La parte sustantiva del debate se dio en torno a una serie de preguntas planteadas a instancias del Ministro Aguirre, a saber:

A. La Suprema Corte de Justicia, en tanto órgano límite o cúspide del Poder Judicial de la Federación, ¿está obligada al acatamiento de sentencias de tribunales internacionales, sin que medie reforma constitucional que le modifique o suprima o altere su carácter de Órgano Supremo?

B. ¿Le corresponde a la Suprema Corte, en primer lugar, hacer control de constitucionalidad, o en primer lugar, de convencionalidad?

C. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “desbordar su Estatuto” (es decir, ir más allá de su competencia) y resolver cuestiones ajenas a la litis para lo que no está facultada?

El debate se centró en esta última pregunta. Varios Ministros mencionaron que así planteada, evidentemente la respuesta tenía que ser negativa. Es decir, la CrIDH no puede ir más allá de su competencia. Sin embargo, el punto importante era determinar si esto había o no sucedido, y por qué. Por ello, solicitaron al Ministro Aguirre explicar las razones por las cuales él consideraba que la CrIDH había “desbordado su Estatuto”. Ante esta petición el referido Ministro expuso, entre otras razones, las siguientes:

A. el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado mexicano fue posterior a la realización de los hechos, por lo que aplicaba el principio de irretroactividad. Sin embargo, la CrIDH consideró que el principio de irretroactividad y la cláusula facultativa de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, no implicaba que un acto ocurrido antes de la misma debía ser excluido de toda consideración por cuanto pudiera ser relevante para la determinación de lo sucedido, lo cual-para el Ministro Aguirre-constituía un desbordamiento de su competencia.

⁶³⁹ Para elaborar este apartado de nuestro trabajo, revisamos la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 7 de septiembre de 2010.

B. Consideró un exceso condenar al Estado por violación al derecho a la integridad personal de los doce hijos del señor Rosendo Radilla.

C. Consideró un exceso condenar al Estado a realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad por los hechos, en desagravio de la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco. Acto en el que se debería hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la sentencia; excesivo también la condena a realizar dicho acto mediante una ceremonia pública en presencia de altas autoridades nacionales y los familiares del señor Radilla Pacheco; y la colocación de una placa conmemorativa en Atoyac de Alvarez.

D. Consideró excesivo la condena a publicar un libro con la semblanza de Rosendo Radilla

E. Consideró excesivo la fijación de una indemnización por 'daño inmaterial' a favor de Rosendo Radilla, que al decir del Ministro Aguirre nunca se pidió.⁶⁴⁰

F. Consideró un exceso la orden de pagar indemnización a favor de la asociación de familiares, de detenidos, desaparecidos y víctimas de violaciones de los derechos humanos y de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos por concepto de las costas y gastos incurridos en el litigio (el Ministro Aguirre no tenía claro si eran o no representantes de las víctimas).

H. La CrIDH no tomó en cuenta la reserva del Estado mexicano en relación con el artículo 13 constitucional.⁶⁴¹ ⁶⁴² Para el Ministro Aguirre, esto era

⁶⁴⁰ *Ibid.*, "No discuto los montos de las indemnizaciones, ni siquiera que se den las indemnizaciones correspondientes, pero lo que digo es: No hubo peticiones expresas y concretas y el Tribunal diciendo al amparo de la supuesta equidad, no hace caso a las excepciones y señala cantidades, esto a mí me parece que es desbordar sus posibilidades."

⁶⁴¹ México formuló la siguiente reserva al rectificar la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas: "El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos [...] formula reserva expresa al artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

⁶⁴² En la sentencia del caso Radilla, la CrIDH razonó lo siguiente: "311. Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en

particularmente grave, pues equivalía a ordenar “la interpretación constitucional en contra de la Constitución mexicana.”

Eventualmente, el debate sustantivo y de fondo no se alcanzó a dar. Más bien, se dio una discusión relativa a tratar de encontrar cuál era la pregunta correcta que debían discutir. Por ejemplo, el Ministro Aguilar planteaba debatir si había o no en la sentencia deberes que el poder judicial de la federación tuviera que cumplir; mientras que el Ministro Cossio pidió centrar la discusión en la pregunta: ¿Están obligados los tribunales nacionales y en particular esta Suprema Corte de Justicia, a acatar una decisión jurisdiccional, por supuesto de un tribunal internacional, cuando ésta vaya más allá de sus determinaciones? Asimismo, se pronunció por aprovechar la oportunidad para generar de una vez una doctrina judicial en torno al cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana que pudiera servir de criterio para el futuro. Finalmente, la Ministra Sánchez Cordero se preguntó: ¿Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación competente para hacer un planteamiento de que si la Corte Interamericana desbordó o no sus facultades? Sin embargo, después de una serie de discusiones sobre la pregunta adecuada y sobre la metodología para abordar las preguntas, el proyecto que había elaborado el Ministro Cossío no fue aprobado, “en virtud de que su contenido excedió los fines de la consulta”, por lo que se ordenó la devolución de los autos a la Presidencia de la Suprema Corte, a fin de que se remitiera el asunto al Ministro que por turno correspondiera.⁶⁴³

esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP [si la reserva es compatible o no con el objeto y fin del tratado], por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida...”

⁶⁴³ Asimismo, se determinó (en votación de 8 contra 3) que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí puede analizar si le resultan obligaciones de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso en contra del Estado Mexicano, a pesar de que no existía –se dijo– notificación formal al Poder Judicial de la Federación. Asimismo, en votación de 7 contra 4, se determinó que ante una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual se determinan obligaciones directas y específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, sí podría éste proceder motu proprio a su cumplimiento sin coordinarse con otros Poderes del Estado Mexicano; finalmente, se votó 7 contra 4 que el análisis de las obligaciones para el poder judicial federal debe realizarse

En relación con la postura que aquí hemos denominado 'nacionalista', debemos reconocer que esta postura se apoya en un paradigma tradicional y dominante del derecho constitucional, fundado en el principio de soberanía, el principio de supremacía de la constitución y su posición en el ápice de la jerarquía de normas del orden jurídico interno. Esta postura, cabe señalar, no es ajena a lo encontrado por un interesante estudio realizado por el profesor Benvenisti, quien afirma que, en general, los tribunales nacionales parecen rechazar su papel como guardianes del estado de derecho internacional. Según Benvenisti:

“Un estudio comparativo de las actitudes judiciales hacia la aplicación del derecho internacional muestra que los jueces, en general, rehúsan la aplicación de normas internacionales cuando consideran que su aplicación puede afectar intereses nacionales.”⁶⁴⁴

El referido autor adelanta dos explicaciones: ¿Falta de familiaridad con el Derecho Internacional? (esta es la visión de los optimistas); ¿o existen causas sistémicas (visión de los escépticos)? Benvenisti es de los segundos: hay un problema estructural en los tribunales nacionales, por el cual tienden a no aplicar el derecho internacional. Y esto tiene que ver con la posición de los tribunales dentro del aparato del Estado.⁶⁴⁵

Esta posición estructural la describe así Benvenisti: los tribunales domésticos tienen un valor en la resolución de disputas entre ciudadanos y corrección de problemas bajo la lógica contra-mayoritaria. Además, desde la perspectiva de los otros órganos de gobierno, tienen el papel de mantener la estabilidad social y el orden político. Y hacen esto a través de dotar de marcos jurídicos y legitimidad jurídica al gobierno y sus actos, y al mantener la integridad del orden jurídico mismo (las condiciones ideológicas de que la dominación jurídica

atendiendo a la totalidad de la sentencia correspondiente de la CrIDH, y no solamente atendiendo a los puntos resolutivos y a la remisión que realiza a determinados párrafos. Ver la Consulta a Trámite en el Expediente Varios 489/2010, Promovente: Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Encargada del Engrose: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, p. 42-45.

⁶⁴⁴ Benvenisti, Eyla, “Judges and Foreign Affaires: A Comment on the Institut de Droit International’s Resolution on ‘The Activities of National Courts and the International Relations of their State’”, *European Journal of International Law*, vol. 5, no. 3, 1994, p. 424.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 425.

depende) (cita a Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2ª ed., 1992, p. 234.) La independencia que se reconoce a los tribunales por las otras ramas y en particular el poder de revisión judicial sobre actos administrativos y legislativos, son una “concesión” dada al poder judicial a cambio de su efecto legitimador en el ejecutivo y el legislativo, y una condición necesaria para la credibilidad del poder judicial frente a los ciudadanos. Así, independencia judicial y poder de revisión judicial forman parte de un ‘trato’ o ‘acuerdo’, con las otras ramas. Sin embargo, este ‘acuerdo’ no incluye dar discreción judicial en la esfera de las relaciones exteriores.⁶⁴⁶

Benvenisti enumera y examina brevemente lo que denomina las recomendaciones de la Resolución del Institut de Droit International, aprobada en su Sesión de Milán, de 1993, que busca eliminar lo que Benvenisti denomina: “doctrinas de elusión” (*avoidance doctrines*), con las cuales los tribunales se cubren para no aplicar el derecho internacional.

Desde la perspectiva del derecho internacional, los tribunales nacionales se ven como parte de un sistema difuso para asegurar el cumplimiento del derecho internacional. Se les ve como instrumentales en la aplicación del derecho internacional a nivel interno. No hacerlo, puede acarrear

⁶⁴⁶ “While in the domestic sphere all branches of government stand to gain from judicial independence and judicial review, the situation is different with respect to foreign affairs. In this sphere, the political branches of government do not have the same interest in impartial judicial scrutiny of their policies. As opposed to their interests in proving the legitimacy of the national legal system, to which they are responsible, the political branches have no incentive to bestow legitimacy on the international legal system, in which their State is only one actor among numerous actors, many of whom do not face judicial restrictions. Their only interest is the judicial vindication of their action abroad. Whereas the government tolerates its own litigation losses in the domestic sphere, since these very defeats prove the overall soundness of the national legal system, it has no interest in a defeat in the courtroom in the name of the international legal order. Coinciding with this governmental interest is the limited public demand for the legitimacy of the international legal process. Since individuals qua individuals do not enjoy access to international law, and have little opportunity to participate in shaping international law, the courts do not serve the function of protecting such access, a function that legitimizes their intervention in the domestic plane. Faced with an unenthusiastic governmental attitude towards judicial scrutiny over foreign affairs and the limited demand of the public, the judiciary has no leverage to negotiate a grant of power to review and must succumb to the restriction of its powers.” *Ibid.*, pp. 425-426.

responsabilidad internacional del Estado (ante la falta de un sistema de aplicación centralizado del derecho internacional).⁶⁴⁷

Sin embargo, apunta Benvenisti que los tribunales nacionales tienden a proteger intereses de corto plazo de sus gobiernos, en su aplicación o no aplicación del derecho internacional. Así, identifica Benvenisti tres tendencias en cuanto a la deferencia a sus gobiernos por parte de los tribunales nacionales, en la aplicación de derecho internacional:

1. Tienden a interpretar de manera estrecha los artículos de sus constituciones nacionales que importan derecho internacional dentro del sistema jurídico local, y con ello reducen sus oportunidades de interferir con las políticas gubernamentales a la luz del derecho internacional;

2. tienden a interpretar las reglas de derecho internacional en forma tal de no alterar los intereses de sus gobiernos, a veces incluso buscando orientación del ejecutivo en cuanto a la interpretación de los tratados.⁶⁴⁸

3. usan una variedad de 'doctrinas de elusión', ya sea específicamente diseñadas para hacerlo, como doctrinas de acto de estado, o doctrinas generales de legitimación procesal y justiciabilidad, en forma tal de dar a sus gobiernos, y a otros gobiernos, un escudo efectivo contra la revisión judicial bajo el derecho internacional.⁶⁴⁹

Algunas doctrinas judiciales relevan a los tribunales nacionales del deber de aplicar las normas de derecho internacional en algunas situaciones

⁶⁴⁷ "Many view national judges as the best candidates within the national systems to grapple with this important task, because of their independent status and their apolitical role. A judiciary that is independent of the national Government, that employs international standards by resorting to technical, non-political, legal discourse, promises indeed to be a perfect forum to interpret, apply and develop international norms." Benvenisti, Eyla, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 1993, p. 161.

⁶⁴⁸ Así sucedió, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema de los EUA, en el caso del secuestro del Dr. Alvarez Machain, en la cual consideró que éste acto no era incompatible con el tratado de extradición entre México y EUA de 1978, porque el tratado no prohibía expresamente dichas acciones. Benvenisti, *op. cit.*, "Judicial Misgivings, p. 167.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 161.

políticamente sensibles. En la mayoría de los casos estas doctrinas remueven de la revisión judicial temas que pueden afectar adversamente los intereses del ejecutivo en el ámbito de la política internacional. Por ejemplo, la doctrina del Acto de Estado británica sostiene que los tribunales ingleses no darán entrada a una demanda de un extranjero relacionada con actividades en país extranjero hechas en nombre de la Corona o ratificado por ella. En otras jurisdicciones se ha llegado a resultados similares usando barreras diferentes contra demandas dirigidas contra el ejecutivo nacional.⁶⁵⁰

Como hemos apuntado, la postura nacionalista tiene un fuerte apoyo en concepciones tradicionales del derecho constitucional, fundadas en el discurso de la soberanía y la auto determinación. Se trata de un discurso con una sólida tradición, bien implantado y enraizado en las sociedades nacionales. Y por si esto fuera poco, los tribunales constitucionales suelen tener en sus manos un instrumento de control y modulación del impacto del derecho internacional en el derecho interno, lo cual corresponde a lo que Fernando Silva García ha llamado la 'preeminencia de efectividad': "...los tribunales constitucionales nacionales son quienes, en último termino, deciden qué efectos concretos tienen en el sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tienen las sentencias regionales sobre derechos humanos."⁶⁵¹

3. El debate sobre los efectos de las recomendaciones de la CIDH en México

Ahora bien, en el caso mexicano, y en relación con la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha dado un fenómeno que debe examinarse, pues ilustra la resistencia de los tribunales mexicanos a aplicar el derecho internacional, y en particular, las recomendaciones de la CIDH. Asimismo, evidencia la

⁶⁵⁰ La doctrina de la 'cuestión política' fue invocada para bloquear demandas por de extranjeros dañados durante el bombardeo de EUA sobre Libia en 1986 o la invasión de panamá en 1989 (los demandados eran Reagan y Thatcher). *Ibid.*, pp.169-170.

⁶⁵¹ Silva, *op. cit.*, pp. 704-705.

inexistencia de un mecanismo adecuado para garantizar el eficaz y adecuado cumplimiento de dichas recomendaciones en el sistema jurídico mexicano.

En efecto, en 2001 se recurrió al juicio de amparo para exigir al Estado mexicano el cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el Informe 43/96, relativo al caso 11.430. Según la información proporcionada en la denuncia presentada por los peticionarios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero de 1995, el General Brigadier del Ejército mexicano José Francisco Gallardo Rodríguez había sido víctima desde 1988, después que fuera ascendido a General Brigadier, de amenazas, hostigamientos e intimidaciones por parte de altos mandos de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA). Asimismo, se señaló en la petición que mediante la fabricación de delitos y responsabilidades, nunca probados, se le había sometido a procesos judiciales y encarcelamientos injustos; que la persecución se sustentaba en la apertura de 15 averiguaciones previas en contra del General Gallardo, la instrucción de 9 causas penales (una en 1983) y el decreto de 7 autos de detención; que la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), a través de funcionarios del Ejército mexicano, había emprendido una campaña de difamación y descrédito en contra de Gallardo, y que el día 9 de noviembre de 1993 había sido detenido arbitrariamente y encarcelado por falsas acusaciones.⁶⁵²

En sus conclusiones, la CIDH consideró que a través de la detención y sometimiento del General José Francisco Gallardo a 16 investigaciones y 8 causas penales de manera continuada y sin propósito razonable lógico y justificable, el Estado mexicano había dejado de cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial del General Brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 5, 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana, por los reiterados hechos ocurridos en México desde 1988. Asimismo, consideró que en virtud de los hechos denunciados el Estado

⁶⁵² Informe 43/96 de la CIDH, disponible en: www.cidh.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm

mexicano no había cumplido con las obligaciones de respeto de los derechos humanos y garantías impuestas por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Por lo anterior, la Comisión recomendó al Estado:

“117. Se libere inmediatamente al General Brigadier José Francisco Gallardo,

118. Se tomen todas las medidas necesarias para que cese la campaña de persecución, difamación y hostigamiento en contra del General Brigadier José Francisco Gallardo.

119. Se investigue y sancione a los responsables de la campaña de persecución, difamación y hostigamiento en contra del General Brigadier José Francisco Gallardo.

120. Adopte las medidas necesarias para que se decidan lo antes posible las causas pendientes.

121. Se le pague una justa indemnización al General José Francisco Gallardo como reparación por las violaciones de las cuales ha sido víctima.

122. Publicar el presente informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, en virtud de los artículos 48 del Reglamento de la Comisión y 51.3 de la Convención, toda vez que el Gobierno de México no adoptó las medidas para solucionar la situación denunciada, dentro de los plazos concedidos.”⁶⁵³

Sin embargo, ante la inactividad del Estado mexicano para cumplir las recomendaciones de la CIDH, organizaciones no gubernamentales intentaron, como hemos dicho, la vía del amparo indirecto, mismo que fue declarado improcedente por el respectivo juez de distrito, decisión confirmada posteriormente por el Tribunal Colegiado de Circuito ante el que se interpuso el

⁶⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 43/96, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm>

correspondiente recurso de revisión. A partir de este intento es que surgieron una serie de tesis aisladas cuyos rubros son los siguientes⁶⁵⁴:

- Tesis:II.2o.P.68 P: “DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y ALUDIDOS EN LA RECOMENDACIÓN DE ALGUNA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, AMPARO PROCEDENTE EN EL CASO DE.”⁶⁵⁵

- Tesis: II.2o.P.69 P: “COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS (NACIONALES O INTERNACIONALES). ES IMPROCEDENTE EL AMPARO QUE SE INTENTA EN CONTRA DEL INCUMPLIMIENTO, EN SÍ MISMO, DE UNA RECOMENDACIÓN CON INDEPENDENCIA DEL NÚMERO DE SUGERENCIAS QUE CONTENGA.”⁶⁵⁶

- Tesis:II.2o.P.70P: “AMPARO, JUICIO DE. NO PUEDE SER UTILIZADO DE MANERA QUE SUPLA CAPRICHOSAMENTE EL EJERCICIO DE LOS DIVERSOS MEDIOS JURÍDICO-PROCESALES QUE PREVÉ EL MARCO NORMATIVO NACIONAL, NI SER SUSTITUIDO POR OTRAS INSTANCIAS SUPRANACIONALES, NO VINCULANTES EN LA

⁶⁵⁴ Semanario Judicial de la Federación, Novena Epoca, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Tomo XVIII, Julio y Agosto de 2003. Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

⁶⁵⁵ “Independientemente de que el incumplimiento a una recomendación emitida por una comisión de derechos humanos (nacional o internacional), no pueda ser reclamable en el amparo por sí misma, subsiste la posibilidad de que los actos de afectación de derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal, mencionados o abarcados por la aludida recomendación, puedan ser de tal naturaleza (como la privación ilegal de libertad personal), que haga procedente el juicio de amparo para su salvaguarda, no por un posible incumplimiento a una recomendación, sino por la directa violación al derecho fundamental per se.”

⁶⁵⁶ “Si bien es cierto que la recomendación de mérito constituye un todo y ese todo contiene diversos aspectos que representan su materia, es decir, los puntos de recomendación, ello no significa que la recomendación en sí misma o la totalidad de puntos abordados puedan ser susceptibles de reclamarse a través del juicio de amparo por el simple hecho de producirse un supuesto de incumplimiento. Esto es, que ese contenido plural no justifica de manera automática la procedencia del juicio de garantías en relación con su posible desatención, pasando por alto las reglas relativas a nuestro sistema federal de competencia en cuanto a la jurisdicción ordinaria (independientemente del fuero), y las instancias de control constitucional, entre ellas, las reglas y principios fundamentales que rigen el juicio de amparo.”

TUTELA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONTEXTO DE NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL.”⁶⁵⁷

- Tesis:II.2o.P.71P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO LOS ASPECTOS QUE CONTIENE LA RECOMENDACIÓN, EN LO INDIVIDUAL O EN SU CONJUNTO, NO CONFIGURAN UN ACTO QUE PUEDA SER REPARADO A TRAVÉS DEL JUICIO DE GARANTÍAS.⁶⁵⁸

- Tesis: II.2o.P.72P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO SE RECLAMA POR SÍ MISMO EL INCUMPLIMIENTO DE UNA RECOMENDACIÓN NO VINCULANTE.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ “...por tanto, la ulterior tendencia al reconocimiento por parte de la comunidad internacional respecto del carácter positivo de la voluntad de generalizar ese reconocimiento, creando incluso organismos facultados para emitir recomendaciones a los Estados suscriptores de los tratados correspondientes, no implica de ningún modo que dichas instancias se sustituyan en la tutela de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el contexto del propio derecho constitucional de la nación, y en el procedimiento que, en su caso, debe ejercerse de acuerdo con el medio de control de constitucionalidad que en la propia Constitución se prevé, el juicio de amparo. Por lo que es menester para lograr su procedencia el que se cumpla previamente con todos y cada uno de los presupuestos establecidos en la propia ley de la materia de donde emane el acto reclamado, así como los de la Ley de Amparo, puesto que no puede desconocerse la estructura normativa del Estado mexicano, ni la naturaleza misma del juicio de garantías.”

⁶⁵⁸ “El posible incumplimiento de una recomendación emitida por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no es susceptible de ser objeto de reclamación directa, por sí misma, en el juicio de garantías, por no ser un acto de autoridad con efectos vinculantes y de cumplimentación obligatoria; y, por otra parte, tampoco procede el amparo respecto de sus particulares contenidos per se, cuando se traducen en sugerencias de persecución, difamación y hostigamiento que no configuran un acto que pueda ser reparado a favor del quejoso a través del juicio de garantías. En consecuencia, si las sugerencias contenidas en la recomendación aludida no son reclamables de manera directa en el amparo, ni en lo individual, ni por el posible incumplimiento de la recomendación en su conjunto, integridad o unidad, el juicio intentado es improcedente.”

⁶⁵⁹ “Luego, la consecuencia prevista para el posible incumplimiento de una recomendación, por parte de un Estado miembro, no es otra que la publicación del informe que así lo determine en el informe anual rendido a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; y sin prejuzgar sobre el efecto que esa clase de publicación pudiere tener en el ámbito de las relaciones internacionales, es evidente que en el plano jurídico y material no existe un mecanismo de ejecución obligatoria respecto de la recomendación emitida, por tanto, ésta puede o no ser cumplida por el Estado de que se trate, como acto de voluntad política en el plano de dicha relación multinacional; sin embargo, la aludida recomendación (al igual que las emitidas por las comisiones nacionales), por sí misma no constituye, modifica o extingue una situación jurídica concreta y específica en beneficio o perjuicio de los particulares, esto es, no establece el surgimiento de un derecho público subjetivo a cuyo cumplimiento esté constreñido el Estado o autoridad en cuestión. Por lo anterior, si no existe ningún precepto en la legislación nacional ni en el ámbito de un tratado internacional exigible que determine la obligatoriedad vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es

- Tesis:II.2o.P.73P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO, POR SÍ, A UNA RECOMENDACIÓN DE LA.⁶⁶⁰

- Tesis: II.2o.P.74 P AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES.⁶⁶¹

- Tesis: II.2o.P.75 P: “COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS. NO PUEDEN EQUIPARARSE A UNA EJECUTORIA DE AMPARO, DE CUMPLIMIENTO EXIGIBLE, SUS RECOMENDACIONES.”⁶⁶²

evidente que el eventual incumplimiento de alguna de ellas, en sí mismo, no constituye la transgresión a disposición legal alguna cuyo acontecer implique violación de garantías por parte del Estado mexicano en perjuicio de particulares en concreto, debido a que, a su vez, la recomendación en sí tampoco constituye un acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo.

⁶⁶⁰ “...En tal virtud, resulta incorrecta la afirmación en el sentido de que el incumplimiento a una recomendación de la comisión interamericana transgrede el artículo 133 constitucional, pues según aduce el recurrente, conforme a dicho precepto, el "tratado de San José" forma parte integral de la legislación nacional. Y el hecho de que ese pacto hubiere sido aceptado por el Estado mexicano con el compromiso de compartir el interés por tomar medidas de acuerdo con la legislación nacional para el respeto a los derechos humanos, no significa que las recomendaciones de la comisión interamericana tengan carácter obligatorio. Según el aludido tratado, el compromiso asumido en el plano de las relaciones internacionales es el de adoptar medidas (entre las que pudieran considerarse las legislativas tendentes a la creación de preceptos legales para regular ámbitos de aplicación, por ejemplo, del contenido de esa clase de recomendaciones), para fomentar el respeto a los derechos humanos. Incluso, se establece que en el caso de que no se tenga garantizado el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas, se deberán adoptar, con base en los procedimientos constitucionales del Estado de que se trate, precisamente las disposiciones legislativas necesarias para ello. Hipótesis esta última que en el caso mexicano no se actualiza, pues es reconocida la existencia del juicio de amparo como medio procesal constitucional que garantiza esa tutela y salvaguarda.”

⁶⁶¹ “La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma.”

⁶⁶² “No existe ninguna disposición ni razón para desconocer el carácter no vinculante ni obligatorio de las recomendaciones de la comisión aludida, pues del respectivo tratado, pacto o convención no se establece esa obligatoriedad de cumplimiento forzoso; de ahí que resulte igualmente infundada la argumentación vertida en contrario por parte del recurrente quejoso, y

- Tesis:II.2o.P.77P: CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO ESTABLECE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y VINCULANTE (PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO) DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN A QUE DIO SURGIMIENTO.⁶⁶³

- Tesis:II.2o.P.78P: “DERECHOS HUMANOS, ORGANISMOS DEFENSORES DE LOS, Y PROCEDENCIA DEL AMPARO.”⁶⁶⁴

Todas estas tesis ilustran la resistencia de parte de algunos tribunales mexicanos para aplicar recomendaciones de la CIDH, equiparando las recomendaciones de las comisiones internas de derechos humanos (con su carácter de no vinculantes y no ejecutables), con las recomendaciones de la CIDH. Ya Jorge Carmona Tinoco ha explicado por qué dicha equiparación no

más aún la pretensión de equiparar dicha clase de recomendación con una ejecutoria de amparo, de cumplimiento exigible en términos de lo dispuesto en los artículos 80 y 105 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

⁶⁶³ “El argumento de que los tratados sobre derechos humanos, dada su naturaleza, ameritan un tratamiento especial o diverso, no puede aceptarse al extremo de romper y desconocer, por otro lado, la naturaleza misma de todo pacto, tratado o convención internacional, que es la de surgir, no por obligación impositiva en planos de imperio y subordinación, sino sobre la base de igualdad de los miembros de la comunidad internacional y el respeto a la voluntad de aceptar los términos en que cada Estado conviene en comprometerse; de manera que si en la mencionada convención, también denominada "Pacto de San José", no se advierte el establecimiento de carácter obligatorio del acatamiento al contenido de las recomendaciones de la comisión formada y, por ende, no puede decirse que exista la aceptación por parte de los Estados que lo subscribieron respecto de reconocer un carácter vinculante que no tiene; es por demás evidente que los aludidos términos del compromiso por parte de los Estados, y alcances y efectos de éste, no pueden ignorarse o pretender rebasarse bajo el argumento diferenciador de la materia del tratado, puesto que toda convención o acuerdo internacional, independientemente de la materia sobre la que verse, parte del principio del respeto a la normatividad establecida en el contexto del derecho internacional, en pro del reconocimiento a la igualdad y libre voluntad de los Estados miembros de la comunidad de las naciones, que son hoy por hoy la máxima expresión de representación de un conglomerado social; de manera que la observación a la normatividad y legalidad establecidas, aun en ese contexto, es sin duda también un derecho de todo integrante de la humanidad.”

⁶⁶⁴ “El juicio de garantías no es la vía procedente para impugnar el posible incumplimiento de una recomendación de alguna comisión de derechos humanos, sea ésta de índole nacional o internacional, con independencia, claro está, de que se dé el supuesto en el que los actos considerados en la recomendación o algunos de ellos sean, por sí mismos, susceptibles de impugnarse en el amparo, no por ser objeto de recomendaciones, sino por relacionarse con una posible violación a las garantías consagradas en la Constitución.”

es adecuada ni sostenible jurídicamente.⁶⁶⁵ Además, las tesis nos hacen reflexionar sobre la inexistencia de un mecanismo adecuado para garantizar la eficacia de las recomendaciones de la CIDH en México. Quizás sea demasiado exigirle al amparo que sirva también para desempeñar esta función (lo cual es distinto a que el amparo sirva para atacar actos de autoridad que sean incompatibles con la CADH).

En suma, y para cerrar este apartado, deseamos apuntar que a partir del debate que hemos reseñado, estamos ante dos posturas encontradas (la 'internacionalista' y la 'nacionalista'), en el tema de la recepción de la jurisprudencia de la CrIDH y de las recomendaciones de la CIDH en el sistema jurídico mexicano. Con base en estas visiones, se da una especie de competencia entre los órganos 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.

4. Derechos Humanos en las Constituciones de las entidades federativas y justicia constitucional local

El panorama se complica todavía más si sumamos a la ecuación el hecho de que desde hace algunos años, se puede percibir en México una tendencia referida a la inclusión de derechos humanos de derecho internacional en las constituciones de las entidades federativas, a la par que se ha venido ampliando y fortaleciendo la justicia constitucional a nivel local. Esto da pie al surgimiento de problemáticas específicas relevantes para la temática de este trabajo, que es necesario abordar.

⁶⁶⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El Valor Jurídico y la Eficacia de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Acuerdo con la Jurisprudencia Mexicana", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Jul-Dic., 2004, pp. 167 y ss.

En efecto, a partir de la reforma del 2000 a la Constitución de Veracruz, se abrió lo que podría calificarse como una nueva etapa del constitucionalismo local que además de implicar la introducción de algunas innovaciones importantes, ha ido también acompañada de un incremento en la reflexión y análisis teórico y dogmático sobre los alcances y límites del referido constitucionalismo en las entidades federativas. Con dicha reforma, se estableció dentro de un capítulo “De los Derechos Humanos” (no ya de “garantías individuales”), una cláusula de incorporación de derechos que incluye a los previstos en los tratados así como los establecidos a nivel local que sean producto del reconocimiento del Poder Judicial del Estado, además de los que establece la Constitución General y las leyes federales (artículo 4º de la Constitución veracruzana).⁶⁶⁶

Asimismo, y de manera paralela, se crearon a través de la misma reforma diversos instrumentos de justicia constitucional local, entre los cuales destaca el llamado juicio de protección de derechos humanos, destinado a tutelar los derechos humanos contemplados en la Constitución local (artículo 64-I de la Constitución veracruzana).

Además, se creó una Sala Constitucional, conformada por tres magistrados, para el conocimiento y resolución del juicio de protección de Derechos Humanos (así como para sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones

⁶⁶⁶ “Artículo 4. El hombre y la mujer son sujetos de iguales derechos y obligaciones ante la ley.

La libertad del hombre y la mujer no tiene más límite que la prohibición de la ley; por tanto, toda persona tiene el deber de acatar los ordenamientos expedidos por autoridad competente. Las autoridades sólo tienen las atribuciones concedidas expresamente por la ley.

Los habitantes del Estado gozarán de todas las garantías y libertades consagradas en la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado, sin distinción alguna de origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, condición o actividad social.

Las autoridades del Estado, en su respectiva esfera de atribuciones, tienen el deber de generar las condiciones necesarias para que las personas gocen de los derechos que establece esta Constitución; así como proteger los que se reserve el pueblo de Veracruz mediante el juicio de protección de derechos humanos. La violación de los mismos implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño, en términos de ley.”

por omisión legislativa), y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia, como lo dispone el artículo 64 de la Constitución de Veracruz.

A raíz de la determinación de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que el paso dado por Veracruz era acorde con la Constitución General,⁶⁶⁷ otros estados decidieron avanzar por el mismo camino. Por ejemplo, la Constitución del Estado de Tlaxcala dispone también que “todo individuo gozará de los derechos humanos que se garantizan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Constitución, instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano y leyes secundarias” y que los derechos humanos tienen aplicación y eficacia directa y vinculan a los poderes públicos (Arts. 14 y 15).⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Recordar la tesis aislada derivada de la controversia constitucional 16/2000, cuyo rubro es: **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL.”** Tesis Aislada: P.XXXIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, pág. 903.

⁶⁶⁸ Cabe aclarar que en la controversia constitucional 16/2000 cuatro ministros suscribieron un voto minoritario en el cual consideraron que con el establecimiento del juicio de protección de derechos humanos, el poder reformados de la constitución de Veracruz había invadido la esfera de competencia federal, específicamente del Poder Judicial de la Federación. Y la razón de ello lo encontraron en que el catálogo de derechos de la Constitución de Veracruz contiene derechos fundamentales que corresponden a ciertas garantías individuales contenidas en la Constitución General de la República. En este sentido, argumentaron los ministros disidentes que: “Donde con más claridad se ve la inconstitucionalidad del juicio de protección de los derechos humanos que establece la Constitución impugnada, es en la parte que otorga competencia a la Sala Constitucional para pronunciarse, a través de dicho juicio, sobre que una ley local es contraria o acorde a la Constitución de Veracruz por violación a los derechos humanos, en virtud de que la declaración sobre la constitucionalidad de una ley por tal motivo sólo compete al Poder Judicial de la Federación.

La cuestión de si una ley, federal o local, es contraria o no a la Constitución Federal por violación a las garantías individuales (que la Constitución impugnada llama derechos humanos), es de interés fundamental para la República, porque de su resolución dependerá que la ley se integre al orden jurídico que es propio de un Estado de derecho, o sea rechazada por vía jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sólo ésta puede, en virtud de las normas constitucionales que le dan competencia y que organizan y ordenan el juicio de amparo contra leyes, dar unidad, congruencia y seguridad al orden jurídico a nivel nacional, en vez de perder todas estas características en tantas parcelas interpretativas como Estados

Asimismo, el artículo 16 de la Constitución de Tlaxcala dispone que:

“ARTÍCULO 16. La interpretación de los derechos humanos a que hace alusión esta Constitución se hará de conformidad con los siguientes principios:

- a) Deben interpretarse evitando la contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en la materia;
- b) Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano;
- c) Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación jurídica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de terceros, prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general;
- d) Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución, y
- e) Se deberá optar en la interpretación por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.”

Además, para la protección de los derechos humanos a los que se refiere la Constitución de Tlaxcala, se creó el Juicio de Protección Constitucional que corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer. Específicamente, el artículo 65 de la Ley de Control Constitucional del Estado de Tlaxcala (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala, el viernes 30 de noviembre de 2001), dispone que el juicio de protección constitucional tiene por objeto nulificar las normas y actos de las autoridades que violen las disposiciones contenidas en la Constitución del Estado y en la demás legislación que de ella emane, en perjuicio de los particulares; y que la promoción de este medio de control será siempre optativa para el interesado.

Otros estados, como Sinaloa, también han incorporado los derechos humanos “previstos en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano”. Y se les ha asignado ‘eficacia directa’ y poder para vincular a todos los poderes públicos, los cuales deben “respetar en todo tiempo su contenido

vayan adoptando las reformas que se examinan.

La reserva expresa al Poder Judicial de la Federación de la defensa de las garantías individuales a través del juicio de amparo y especialmente del amparo contra leyes, data del siglo XIX y así se ha mantenido hasta la actualidad, sin que jamás se haya otorgado similar atribución a los Poderes Judiciales de los Estados.”

esencial y su progresividad.”⁶⁶⁹ Asimismo, el artículo 4 Bis C de la Constitución de dicho estado dispone que los derechos humanos a los que hace alusión la Constitución local, se interpretarán de acuerdo a varios principios, entre los que destaca el de la fracción II:

“II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

Sin embargo, en el caso de Sinaloa no existe hasta este momento un juicio específico para la protección de los derechos humanos a nivel local, a la manera de los que ya existen en Veracruz y en Tlaxcala.

Ahora bien, la aparición de estas nuevas normativas en algunas entidades federativas nos obliga a tratar así sea de manera tangencial algunos temas. Los principales de ellos, para efectos de la presente investigación, son los relativos al alcance del amparo local⁶⁷⁰ como instrumento protector de derechos humanos previstos en las constituciones locales, y el referido a las alternativas de coordinación entre la doble jurisdicción en materia de justicia constitucional: la general y la local.

En efecto, la coexistencia del amparo federal con un amparo local, en una situación de derechos fundamentales homologados de manera idéntica en la constitución general y la constitución local, plantea el problema de decidir qué margen han de tener los jueces de amparo locales en la interpretación de dichos derechos. En esta hipótesis, estimamos que una respuesta razonable y moderada consistiría en considerar que el juez de amparo local estaría obligado a aplicar la jurisprudencia definida del Poder Judicial de la Federación.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Así lo dispone el artículo 4 Bis de la Constitución de Sinaloa.

⁶⁷⁰ Así se ha llamado a los instrumentos de protección de derechos fundamentales previstos en las Constituciones de las entidades federativas.

⁶⁷¹ En una propuesta muy bien lograda en cuanto al tema, Arenas Bátiz sostiene que convendría tener una ‘jurisdicción concurrente’ entre las dos jurisdicciones: “Esta jurisdicción concurrente sería optativa para el quejoso, y cuando éste optara por acudir a la justicia local, ésta sería sólo primera instancia, pudiendo combatir sus decisiones a través del amparo. En este último caso los derechos fundamentales quedarían protegidos por un sistema de ‘doble

¿Pero y si la homologación no es idéntica? Es decir, ¿qué pasa cuando la Constitución general y la constitución local, no emplean el mismo lenguaje para establecer el mismo derecho humano?; ¿también se desprende de ahí la obligación de los jueces locales de interpretar el respectivo derecho, en el marco establecido por la jurisprudencia definida de la Suprema Corte en interpretación de ese derecho?; ¿o debe entenderse que la diferencia de lenguaje abre la posibilidad de interpretaciones diferenciadas?; ¿qué tanto podría, en esta última hipótesis, separarse el juez de amparo local, de la interpretación de la Suprema Corte?

Por otro lado, está el aspecto internacional, en el siguiente sentido: si se acepta el argumento de que los tribunales federales, incluida la Suprema Corte, están obligados a interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (en particular la Convención Interamericana en la materia), y a seguir los criterios y estándares de la CrIDH, ¿podrían entonces los jueces locales de amparo con toda legitimidad basarse directamente en los criterios 'orientadores' de la CrIDH, en interpretación de derechos humanos previstos, dando preferencia a estos criterios, y dejando de lado los de la Suprema Corte en la medida que ésta se aleje de las interpretaciones de la CrIDH? Esa sería la implicación de lo sostenido por al CrIDH en el caso *Almonacid y otros vs Chile*, según la cual los jueces y tribunales internos, todos, debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tarea en la cual dichos tribunales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁷²

instancia'." Arenas Bátiz, Carlos Emilio, "La Codificación de la Justicia Constitucional Estatal", en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas. Memorias de la Cuarta Mesa Redonda*, México, 2008, p. 48.

⁶⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Con mayor razón, y en cuanto a los derechos humanos previstos en las Constituciones locales que no tienen homólogo en la Constitución General, pero sí en convenciones y tratados internacionales, los jueces de amparo local deberían seguir la interpretación de los órganos con la competencia originaria para hacerlo respecto de dichas convenciones y tratados, en la medida en que esa interpretación exista (así lo ordenan expresamente las constituciones de Veracruz, Tlaxcala y Sinaloa, arriba aludidas). De no ser ese el caso, o bien en la hipótesis de que existan derechos previstos en las constituciones locales pero no en tratados (ni en la constitución general), se abre el camino para el desarrollo original de esos derechos por parte de la justicia constitucional local. En suma, como puede verse con base a lo arriba referido, y amén de los problemas técnicos y de articulación que todavía está pendiente discutir y resolver, a partir de los desarrollos que se han venido dando en estados como Veracruz y Tlaxcala, al juego interpretativo de los derechos se ha sumado, de manera todavía tímida e incipiente, un nuevo actor: el juez constitucional local.

Acontecimientos, reformas y decisiones recientes nos han colocado ante un verdadero parte-aguas en el tema de la justicia constitucional, el control de constitucionalidad de normas generales y la protección de los derechos humanos en nuestro país, inclinadas decididamente hacia la postura internacionalista. Las coordenadas de la justicia constitucional, y del debate sobre el mismo, han cambiado de manera radical en los últimos años, e incluso meses.

En primer lugar, debemos mencionar la construcción de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la CrIDH, en *Almonacid y otros vs Chile*, según la cual los jueces y tribunales internos, todos, deben ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tarea en la cual dichos tribunales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁷³

⁶⁷³ CrIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Como sabemos, la doctrina se fue desarrollando en una serie de causas resueltas por la Corte Interamericana, hasta llegar, en un caso que involucró a México, al caso Radilla, en cuya sentencia la Corte dijo lo siguiente:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁶⁷⁴

Posteriormente, se hicieron algunas precisiones a la doctrina, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México:

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ CrIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

⁶⁷⁵ CrIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 26 de noviembre de 2006.

Por otro lado, las nuevas coordenadas quedaron definidas por la resolución de la Suprema Corte en la consulta a trámite en el expediente varios 912/2010. Como se sabe, en la resolución se precisó que los juzgadores de todo el país están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Asimismo, la Suprema Corte dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin.

Por tal razón, el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución Federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana.

En ese sentido, el Alto Tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución Federal o los tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.

La decisión se tomó con base en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso Radilla Pacheco, a partir de la interpretación del nuevo artículo 1º y del 133 de la Constitución Federal.⁶⁷⁶

Además de lo anterior, las nuevas coordenadas de la justicia constitucional mexicana han quedado conformadas por el 'nuevo' artículo 1º de la Constitución General, producto de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 (en particular sus tres primeros párrafos):

⁶⁷⁶ Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Como puede apreciarse, estos desarrollos representan un quiebre fundamental con el pasado de nuestro sistema de justicia constitucional.

Ahora bien, la nueva situación nos obliga a tratar una serie de aspectos problemáticos que ya había identificado Néstor Sagüés desde antes de la reforma constitucional de 2011 y de la resolución de la Suprema Corte en la consulta a trámite referida.⁶⁷⁷ En efecto, según Sagüés el control de convencionalidad a que se ha dicho están obligados ‘en sede nacional’ los tribunales nacionales, podía no ofrecer problemas en países que tienen un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo juez es competente para ejercitar tal revisión. Sin embargo-observaba el referido autor- existen países, como México, en los que hay jueces y tribunales que no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el cual se reserva al Poder Judicial de la Federación. En

⁶⁷⁷ 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?*, Tomo II, UNAM, México, 2010, p. 451 y ss.

estas circunstancias ¿cómo ha de entenderse el ejercicio del control de convencionalidad?

Sagüés señalaba que la CrIDH no había resuelto explícitamente esta incógnita, si bien en la sentencia de “Trabajadores cesados del Congreso” dicha Corte había señalado que para practicar el control de convencionalidad, tenían de satisfacerse los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, todo ello “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.⁶⁷⁸ Por lo anterior, según el autor podría concluirse que en un Estado como México, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considerase que pudiera haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, debería remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realizara eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.

Sin embargo-observaba también Sagüés que en México no existe una escalera para remontar el caso al Poder Judicial de la Federación, ante lo cual propuso lo siguiente:

“En definitiva, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad (y, por ende, en principio, el de convencionalidad), y no existen caminos procesales para remitir la litis a quien sí está autorizado a practicarlo, caben estas alternativas: (i) como ruta más preferible, consumir una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; (ii) mientras ella no se practique, reconocer pretoriamamente a todos los jueces aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o (iii) diseñar – pretoriamamente también– un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad. Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del art. 2º de la misma. Y de ellas, personalmente nos parece preferible la última, que es la más respetuosa de la opción hecha por el constituyente doméstico para erigir un sistema de control de constitucionalidad.”⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ *Ibid.*, pp. 453-455.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 454-455.

Las observaciones de Sagüés nos invitan a reflexionar sobre la forma en que la Suprema Corte ha entendido el nuevo esquema en formación y sus consecuencias en el sistema jurídico mexicano. En ese sentido, en esta ponencia quisiera centrar mi atención en la interpretación que la Suprema Corte ha dado a la frase empleada en el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla, que se repite en el párrafo 225 de la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores, cuando se dice que el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En efecto, en la resolución de la consulta a trámite 912/2010, la Suprema Corte interpreta lo que significa esta frase, a la luz del nuevo artículo 1º y del artículo 133 ambos de la Constitución, y concluye que implica el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, por el cual todos los jueces pueden inaplicar normas generales en el conocimiento de una causa judicial, si las consideran contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución federal y en los tratados de derechos humanos. Por ello, el Ministro ponente en la referida consulta a trámite propuso incluso la modificación de la jurisprudencia P/J 74/1999, en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución General en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

Asimismo, cuando el Pleno discute qué es lo que significa que el nuevo artículo 1º constitucional diga en su párrafo segundo que **“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”**, se ve que no se le vincula al tema del modelo de control de constitucionalidad (concentrado, difuso o híbrido), sino a la competencia material que cada juzgador tiene por ley. Es decir, para la Suprema Corte, la obligación de los jueces mexicanos de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, significa que un juez civil, en el conocimiento de un asunto civil, podrá inaplicar una norma

general por considerarla contraria a los derechos humanos previstos en la Constitución o en los tratados. Un juez penal, en el conocimiento de una causa penal, podrá hacer lo propio. Y así todos los otros jueces (administrativos, laborales, agrarios).⁶⁸⁰

Sin embargo, en cuanto a este punto y para efecto de contraste, es interesante traer a colación lo expuesto por Eduardo Ferrer en su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores:

"37. En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el "control difuso de convencionalidad" con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* "en el marco de sus respectivas competencias". Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación convencional" de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme", no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*."

"39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional."

"40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado."⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 14 de julio de 2011.

⁶⁸¹ **VOTO RAZONADO DEL JUEZ AD HOC EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010**

Leyendo estos párrafos, considero que la CrIDH no estaba implicando necesariamente un esquema de control de convencionalidad/constitucionalidad difuso en los términos que lo ha interpretado la Suprema Corte,⁶⁸² sino que, más bien, estaba dejando margen para que cada Estado escogiera algún sistema que fuera compatible con la doctrina de control de convencionalidad. Uno de esos esquemas es el de control difuso. Pero puede pensarse en otros, uno de ellos, como el implicado en el voto razonado de el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer.

Ahora bien, el modelo de control de constitucionalidad/convencionalidad que está implicado en el voto de Eduardo Ferrer es el modelo de la 'cuestión de inconstitucionalidad', diseñado y aplicado en países como Italia y España. En nuestro medio mexicano, quien ha estudiado a profundidad este modelo es Edgar Corzo, y de su estudio, que fue su tesis doctoral, extraigo algunos conceptos para darnos una idea de dicho modelo.⁶⁸³

Se trata de un procedimiento que es la síntesis de la participación de dos órdenes jurisdiccionales en un solo proceso. Esa doble participación se da en dos etapas procedimentales. La primera se realiza por el juez ordinario a través de diversas actividades que pueden calificarse de instructoras y que terminan con el planteamiento de la cuestión. La segunda fase, se realiza ante el

⁶⁸² Ahora bien, considero que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la doctrina del control de convencionalidad y la resolución de la Corte en la consulta a trámite relativa al caso Radilla, la distinción estricta entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad pierde gran parte de su sentido. Hoy día, la Suprema Corte ha mandado el mensaje de que todos los tribunales del país pueden inaplicar normas generales por ser contrarias a los derechos humanos previstos en la Constitución o en los tratados. Y el artículo 1º constitucional en su segundo párrafo dice expresamente que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. En mi opinión, esto borra la distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Se pone en el centro a los derechos humanos, independientemente del instrumento en el que estén previstos. La norma para ejercer el control será aquella que más protección otorgue, en virtud del principio pro persona consagrado tanto en la Constitución como en el derecho convencional de derechos humanos.

⁶⁸³ Corzo Sosa, Edgar, *La Cuestión de Inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 419 y ss.

Tribunal Constitucional, que realiza actividades enjuiciadoras.⁶⁸⁴ A lo largo de estas dos fases, el juicio relativo al caso particular se detiene, hasta que la cuestión de constitucionalidad sea decidida (y uno de los problemas de este sistema es que los litigantes empleen el mecanismo para retardar la justicia, como instrumento dilatorio).

En este esquema, para que un juez ordinario pueda plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad debe cubrir una serie de requisitos. Si no se cumplen, no es posible que el Tribunal Constitucional entre al análisis de la cuestión. El juez *a quo* es una especie de 'portero' del Tribunal Constitucional.

Nos explica Edgar Corzo que la segunda etapa, ante el Tribunal Constitucional, se integra con dos fases procesales comunes a todo proceso, es decir, la instrucción que en la cuestión de inconstitucionalidad está constituida por el trámite de admisión, el testimonio de las actuaciones realizadas en el proceso ordinario y las alegaciones que presentan las partes públicas, y la de enjuiciamiento en la que el Tribunal constitucional resuelve la duda de constitucionalidad.⁶⁸⁵

Por último, la sentencia que dicte el tribunal que conoce del tema de constitucionalidad (tomo como referencia el caso español) puede ser desestimatoria, lo cual impide que posteriormente se presente recursos sobre el mismo precepto, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional; o bien, estimatoria, con lo cual la sentencia declara inconstitucional el precepto, declara la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia, con efectos generales o *erga omnes*.

El sistema brevemente descrito es compatible con la doctrina de control de convencionalidad. Y ello en virtud de que a partir del principio de supremacía constitucional, no se desprende necesariamente un sistema de control difuso o

⁶⁸⁴ *Idem*.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 481.

concentrado de la Constitución. Los Estados constitucionales modernos han optado, como garantía del principio de supremacía constitucional, por diversos modelos de control de constitucionalidad. La opción por un modelo u otro, ha obedecido a diversas razones, históricas, contingentes, políticas, conceptuales y teóricas. En EUA y Argentina optaron desde un inicio por un sistema de control difuso. En Austria (1920) optaron por un sistema concentrado (cito el caso de Austria porque representa el modelo concentrado original ideado por Kelsen). En España, según entiendo, han optado por un sistema mixto. Lo que me interesa resaltar aquí es que en todos estos casos, ha habido un número de razones para adoptar uno u otro sistema (y a ello volveré más adelante).

Considero que lo propio puede decirse del principio de supremacía constitucional y convencional (me refiero al rango constitucional que ahora tienen los derechos humanos de la Constitución y de los tratados internacionales). Es decir, de la supremacía que tienen esos instrumentos normativos, no se desprende necesariamente la obligación de tener un sistema de control difuso o concentrado como garantía de esos cuerpos normativos.

Entiendo que la Corte Interamericana, con su doctrina del control de convencionalidad, ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga, al emplear la frase 'en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes'. Pero como hemos visto, la Suprema Corte mexicana no lo entendió así.

Ahora bien, la sentencia en el caso Radilla y su entendimiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha empezado a generar lo que podríamos calificar como una mutación constitucional. Es decir, sin reforma constitucional formal, se ha provocado el surgimiento de una forma de entender el control constitucional (ahora constitucional/convencional) que se inclina decididamente por el modelo difuso. En estricto sentido, se trata una mutación constitucional que opera sobre una mutación constitucional anterior, es decir, que opera sobre aquella que sin reforma constitucional formal, dio un sentido distinto (concentrador) a la segunda parte del artículo 133 constitucional que expresamente parece establecer un sistema difuso.

El problema de avanzar hacia un modelo difuso a través de una mutación constitucional de este tipo, es que deja de lado la discusión de conjunto sobre las razones relativas a la conveniencia de adoptar un esquema difuso o concentrado de control de constitucionalidad/convencionalidad.

Es de aplaudir la valiente actitud del Magistrado de Nuevo León, Carlos Arenas, de leer en las nuevas circunstancias la apertura de una ventada de oportunidad para someter a un *test* al sistema existente, y así poner en práctica una serie de tesis que ha venido sosteniendo desde hace tiempo, en la cátedra y en el foro.⁶⁸⁶ Sin embargo, considero necesario que si hemos de avanzar hacia un modelo difuso, debemos hacerlo con una discusión previa de sus ventajas y desventajas, así como las distintas opciones de diseño institucional y procesal que pueden darse dentro del mismo. Por otra parte, se entiende también que mientras esa discusión no se de, los jueces mexicanos ahora tienen asideros normativos para justificar su actuación como garantes difusos de constitucionalidad/convencionalidad.

El punto que deseo resaltar es que tanto el modelo difuso como el modelo concentrado, tienen problemas prácticos y teóricos. Por supuesto no voy a ser aquí exhaustivo, pero según entiendo, se suele citar como los principales

⁶⁸⁶ El Magistrado Arenas ha sido el primer juez estatal mexicano que ha inaplicado un tipo penal por ser contrario a los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados. Específicamente, inaplicó el tipo penal que sanciona el delito de desobediencia (artículo 224, fracción V del Código Penal de Nuevo León) por ser inconstitucional. Sostuvo que el delito que sanciona la desobediencia de los servidores públicos a las órdenes de los superiores atentaba en contra del derecho humano a la estricta legalidad penal, establecido en el artículo 14 de la Constitución Federal. El Magistrado Arenas fundó su competencia para declarar la inaplicación del tipo penal en tres fuentes novedosas y fundamentales: 1. El artículo 1º de la Constitución Federal, modificado mediante la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del presente año, que establece la obligación de todas las autoridades del país, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. 2. En la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs Los Estados Unidos Mexicanos, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 23 de noviembre de 2009, en el sentido de confirmar como obligatorio para todos los órganos de gobierno de los Estados, lo que incluye al Poder Judicial, de ejercer un “control de convencionalidad” ex officio (sin que nadie se lo pida) entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias. 3. En la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 14 de julio del mismo año, por la que resolvió la consulta a trámite, del expediente Varios 912/2010, relativa al cumplimiento que el Poder Judicial de la Federación le daría a la sentencia del Caso Radilla Pacheco, en la cual se asentó el criterio obligatorio para todas y todos los jueces del país de aplicar en sus sentencias el control difuso de convencionalidad.

problemas prácticos del modelo difuso, el peligro de falta de uniformidad (que la Constitución sea entendida de maneras muy diversas por todos los jueces que pueden ejercer el control),⁶⁸⁷ y el impacto de esto en la seguridad y en la igualdad jurídicas. Como problema teórico, está el impacto en la separación de poderes y, en última instancia, sobre el legislador democrático (bajo la idea de que dotar del poder de inaplicar leyes a todos los jueces disminuye el peso del poder legislativo en el esquema constitucional de separación de poderes).⁶⁸⁸

Pero el modelo concentrado también tiene sus problemas. Prácticos, la sobrecarga de trabajo derivada de la concentración o 'inflación de causas' (y su impacto en la eficiencia y calidad de la justicia impartida). O bien teóricos: si el Tribunal Constitucional puede no sólo inaplicar una ley en el caso concreto sino anularla con efectos generales, se convierte en un legislador negativo que atenta contra la función y status constitucional del Congreso.

A su vez, los problemas prácticos y teóricos se pueden resolver o por lo menos paliar, a través de distintas opciones de diseño institucional y procesal. Por ejemplo, ¿el modelo difuso tiene el peligro de falta de uniformidad? Pues hay que crear las escaleras procesales para que los asuntos lleguen a una instancia última que defina una interpretación de la Constitución, en aras de la seguridad y la igualdad jurídicas. Y aquí, puede pensarse en que las escaleras procesales sean más angostas (como en EUA) o más anchas (como en Argentina), en donde se dé la competencia 'por apelación' de las respectivas cortes supremas para revisar la cuestión de constitucionalidad, en una suerte

⁶⁸⁷ Para Kelsen, la ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional, es un gran peligro para la autoridad de la Constitución. Kelsen, Hans, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes, Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 12, julio-diciembre 2009, p. 7.

⁶⁸⁸ En su análisis del sistema difuso de control de constitucionalidad argentino, Sagüés señala algunas ventajas: permite que cada litigante obtenga un (relativamente) pronto veredicto sobre el tema constitucional, por ejemplo en primera instancia. Muchas decisiones quedan firmes en tal grado procesal. Además, facilita que cada juez analice la Constitución a su modo, lo que posibilita la fertilidad jurídica algunas veces atractiva especialmente por el semillero de creatividades que fomenta. Sin embargo, el pasivo del sistema-señala- es que puede auspiciar interpretaciones extravagantes o de poca calidad de la Constitución, por un lado, e interpretaciones contradictorias, puesto que la Constitución puede ser entendida de modo tan diferente como jueces haya en la República; y esto lleva a la desigualdad y inseguridad de trato para los justiciables. Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Suprema y el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad en Argentina", *Ius et Praxis*, Año 4, No. 1, Chile, 1998, p. 87.

de casación constitucional.⁶⁸⁹ O bien, hay que dar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional una fuerza tal, que de inmediato sea obligatoria para todos los jueces del país.

Por el otro lado, ¿el modelo concentrado atenta contra el legislador democrático? Pues limitemos entonces las condiciones bajo las cuales puede anular leyes con efectos generales.

Lo que menciono en estos dos últimos párrafos son simplemente telegráficos ejemplos del tipo de trabajo de identificación y discusión sobre ventajas, desventajas, opciones, alternativas, posibles consecuencias, y mecanismos de solución de problemáticas específicas, que considero necesario que se de en México en esta materia para racionalizar y ordenar un esquema de control de constitucionalidad/convencionalidad que se ha quedado corto frente a la nueva realidad en la que se encuentra inmerso nuestro país. Por supuesto que la discusión es mucho más compleja, teórica y técnicamente.

No creo que debamos avanzar hacia un nuevo sistema de control de constitucionalidad/convencionalidad por el camino fragmentado de decisiones judiciales que en el agregado resulten en un nuevo esquema, sino más bien por el camino de un proceso de reforma constitucional y legal que identifique modelos alternativos, los valore, y decida el mejor diseño para las circunstancias, características y necesidades de nuestro país.

En suma, debemos estudiar en sus aspectos técnicos el sistema difuso, sus problemas, sus posibilidades, sus implicaciones y variantes.

Conviene aclarar que el sistema de control difuso implica que cualquier juez, de cualquier grado o jerarquía puede ejercerlo. Es también incidental, pues es ejercitado incidentalmente en cualquier litigio, cuyo objeto es distinto al cuestionamiento de inconstitucionalidad de la norma. En otras palabras, no se inicia para cuestionar la constitucionalidad de la norma, sino que el cuestionamiento es una cuestión incidental. Además, el sistema difuso es concreto, pues la inconstitucionalidad de la norma solamente puede darse a

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 93.

raíz de la existencia de un caso concreto; y se caracteriza por tener efectos inter-partes, pues la inaplicación de la norma declarada inconstitucional no se extiende, en principio, a otros casos con las mismas características, ni hace que la norma pierda su vigencia: la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, lleva a la inaplicación de la norma declarada inconstitucional en el caso concreto. Pero la norma sigue vigente.

Por otro lado, también debemos estar conscientes de la problemática específica y típica de los sistemas difusos: uno de ellos, es el riesgo de la falta de uniformidad, es decir, que una ley declarada inconstitucional en un caso, no lo sea en otro. Ante esto, se podría pensar en algún mecanismo para que los casos puedan llegar a un tribunal que pueda definir criterios uniformes en la interpretación de los derechos humanos como parámetro para declarar la inconstitucionalidad de normas generales.⁶⁹⁰

Asimismo, podría convenir revisar el esquema de la jurisprudencia con efectos vinculantes, pues ello está relacionado con la garantía de uniformidad del sistema y, por ende, con el tema de la igualdad de trato a los justiciables y la previsibilidad de las decisiones de los tribunales (seguridad jurídica).⁶⁹¹

Dicha revisión nos llevaría a definir qué tribunales pueden emitir jurisprudencia, en qué condiciones la jurisprudencia es vinculante, y en qué condiciones los jueces ordinarios se pueden separar del 'precedente'.⁶⁹² Típicamente, en los sistemas de control difuso, para que los 'precedentes' sean vinculantes debe haber una similitud de hechos entre el caso del precedente y el nuevo caso de

⁶⁹⁰ En el caso argentino, el Recurso Extraordinario Federal es interpuesto ante el tribunal superior de la causa que dictó una sentencia definitiva. Dicho tribunal puede conceder el recurso y remitir el expediente a la Corte Suprema (previo traslado a la contraparte); o puede denegar el recurso. Ante esta situación, la parte afectada puede promover recurso de queja ante la Corte Suprema para que se trate el recurso promovido.

⁶⁹¹ Sagüés, Néstor Pedro, "La Eficacia vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina", *Estudios Constitucionales*, Año 4, no. 1, Chile, 2006, p. 19.

⁶⁹² Se trata del tema de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad/inconvencionalidad en el sistema de control difuso. En particular, la cuestión de la expansión indirecta de dichos efectos, a través del principio de *stare decisis* vertical, el cual consiste en 'la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose al *holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de jerarquía superior.' Rivera, Julio César y Legarre, Santiago, "Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina", *Lecciones y Ensayos*, no. 86, 2009, p. 325.

que conoce un juez. De esa identidad fáctica es de donde proviene la autoridad institucional del precedente. En la medida que los tribunales puedan encontrar distinciones entre los hechos de un caso en el que exista jurisprudencia, podrán separarse de la *ratio decidendi* (*holding*) emitido por el tribunal superior.⁶⁹³ O bien podrán separarse del precedente ‘achicando’ el espacio de la *ratio decidendi* del mismo y ampliando el de su *dictum* (cuya fuerza es persuasiva y no vinculante).⁶⁹⁴

Este tema es vital para fijar los alcances y límites de los efectos de ‘cosa interpretada’ de los derechos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, el esquema genera tensiones con el sistema representativo, el principio democrático y principio de división de poderes. El poder que el sistema difuso coloca en manos de todos los jueces, puede llegar a afectar a la ley y su valor democrático, como producto de la decisión adoptada por el órgano que es expresión de la pluralidad política.

Siguiendo a Manuel Aragón, podríamos decir que existe el riesgo de que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y el *corpus juris* internacional de derechos humanos, e inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas y principios constitucionales, sino valores constitucionales o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución o en la Convención Americana. Ante este riesgo, podría pensarse en buscar medidas de reequilibrio o contrapeso. La mejor garantía de ello sería una cultura jurídica consistente en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la

⁶⁹³ Lo que es obligatorio es el *holding* o *ratio decidendi* y no el *obiter dicta*.

⁶⁹⁴ Sagüés, Néstor Pedro, “La Eficacia vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, no. 1, Chile, 2006, p. 21.

aplicación de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁹⁵

Pero podría también pensarse en la necesidad de generar una versión más fuerte de la presunción de constitucionalidad de la ley, lo cual implicaría requerir estándares altos para declarar la inconstitucionalidad y consecuente inaplicación de una ley, solamente cuando sean plenamente contradictorias con la Constitución o el bloque de convencionalidad, sin que haya posibilidad de una interpretación conciliadora.

Por otro lado, un esquema difuso pone en el centro el interés de los particulares que litigan, y que de manera incidental pueden plantear la cuestión de constitucionalidad de la ley. En principio, solamente la violación del interés de un particular pone en movimiento el procedimiento del control constitucional. Pero nos dice Kelsen, el interés en la constitucionalidad de la legislación es un interés público, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas. Ante esto, Kelsen se pronuncia por un proceso específico de protección, centralizado en un órgano especial, que es el Tribunal Constitucional.⁶⁹⁶

Pero consevándonos en un esquema de control difuso, puede pensarse en diseños que velen por ese interés público, como sería el caso del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio de parte del juez (aunque las partes no lo invoquen); o bien mecanismos como el que puede encontrarse en la *Judiciary Reform Act* de 1937 de los EUA en virtud de la cual en los casos en que la constitucionalidad de una ley del Congreso sea cuestionada ante cualquier tribunal de ese país, este último deberá permitir al gobierno de los EUA intervenir y convertirse en parte dentro del procedimiento respectivo. Asimismo, cuando el tribunal declare que la ley del Congreso es inconstitucional, habrá de permitirse la apelación directa a la Corte Suprema de

⁶⁹⁵ Aragón, Manuel, 'El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad', *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2009, pp. 336-340.

⁶⁹⁶ Kelsen, *op. cit.*, p. 12.

los EUA. Por último, esta ley establece un procedimiento dificultado para que dentro de un examen de constitucionalidad de una ley del Congreso, pueda decretarse la suspensión de la aplicación de dicha ley.

Por último, el esquema de control difuso presupone que todos los jueces están capacitados, más allá de su especialidad material (civil, penal, laboral, administrativa), en la interpretación y aplicación de la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, con sus características de distinción entre reglas y principios, ponderación como método para solución de colisión de principios, argumentación jurídica sofisticada para resolución de casos difíciles, etc. Presupone también el conocimiento del *corpus juris* convencional de los derechos humanos que abarca al Pacto de San José, pero el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otros instrumentos, y la interpretación que de ellos haga la CrIDH. Esto impone un importante reto de capacitación para toda la judicatura mexicana, federal y estatal.

El tránsito hacia un nuevo sistema de control de constitucionalidad/convencionalidad otorga a todos los jueces mexicanos un gran poder, lo que a su vez implica una gran responsabilidad. Con sus nuevas funciones, el juez no nada más habrá de poner término a un conflicto jurídico, sino que podrá adoptar decisiones de trascendencia política, al realizar una labor de interpretación de valores y principios, además de integradora del derecho, con impacto en la vida de la comunidad política en su conjunto.⁶⁹⁷ A su vez, esta circunstancia amerita una reflexión más profunda sobre el diseño constitucional y legal del nuevo esquema, para así poder avanzar sobre un terreno más firme en la protección de los derechos humanos en nuestro país.

Otro tema relevante, es el de la relación entre derechos humanos previstos en la Constitución y derechos humanos de los tratados. En este interesante punto,

⁶⁹⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 8, 2007, p. 190.

considero que la reforma constitucional reciente no ha incorporado derechos humanos de los tratados a la Constitución, sino que les ha dado jerarquía o rango constitucional. En efecto, ahora tenemos derechos humanos como parámetro de control del resto del ordenamiento, que son de distinta fuente y están sujetos a dinámicas distintas. Y de acuerdo: esta situación nos obliga a repensar los conceptos clásicos de la teoría de la constitución, a saber: supremacía constitucional, poder revisor o reformador de la constitución, en última instancia, el concepto mismo de Constitución. Y no olvidemos al principio democrático como base de sustentación de la teoría de la constitución en un Estado de derecho. Reflexión teórica pendiente, pero que va a ser muy necesaria para resolver problemas prácticos de operación del sistema jurídico.

El concepto que en otros países ha servido para racionalizar la idea de que los derechos humanos previstos en la Constitución y los previstos en los tratados están 'juntos pero no revueltos' es el de *bloque de constitucionalidad*. Pero no a la francesa (que ha servido, entre otras cosas, para incorporar documentos normativos históricos al parámetro de control), ni en el sentido español, (que según entiendo comprende a los estatutos de las comunidades autónomas), sino en el sentido que se ha venido desarrollando en algunos países latinoamericanos, como Colombia (que se refiere precisamente al rango constitucional de los tratados de derechos humanos). Este concepto ya ha aparecido entre nosotros, pero con un sentido distinto (Tesis: P./J. 18/2007, Controversia constitucional 31/2006). Habría que explorar si en el sentido colombiano nos puede ser útil para entender la relación de complementariedad y retroalimentación que se desprende del nuevo artículo 1 constitucional entre las dos partes del 'bloque'. Quizás esto nos puede ayudar también a empezar a aclarar el panorama en relación con la solución de colisiones normativas que bien has apuntado en tus reflexiones.

Finalmente, mencionaremos una breve nota y algunas dudas sobre el tema del control 'de oficio' en el modelo difuso: según recuerdo de mis clases de derecho procesal (que tomé hace mucho, por lo que pido disculpas anticipadas si me equivoco), al conocer de una causa el juez no debe modificar las pretensiones de las partes (objeto de la litis), pero sí puede hacer la calificación

jurídica de dichas pretensiones. Es decir, puede seleccionar el derecho aplicable a las pretensiones y los hechos que le han llevado las partes. ¿No es esto el principio '*iura novit curia*'? ¿Y no este principio, nos llevaría a aceptar el ejercicio 'de oficio' del control de constitucionalidad por parte del juez, si decidimos avanzar hacia un sistema de control difuso? Además, el control de oficio evitaría que una ley sea declarada inconstitucional en un caso habiendo las partes planteado la inconstitucionalidad en el litigio, y que la misma ley e incluso el mismo juez no lo haga, porque las partes no plantearon la inconstitucionalidad.

A su vez, esta conclusión sería congruente con el tema de que en la posible determinación sobre la inconstitucionalidad de una ley, no nada más está el interés privado de las partes en litigio, sino que hay un interés público que en este caso sería protegido por el juez. Aunque claro, frente a lo anterior Kelsen diría: como hay un interés público involucrado y ese interés público es tan especial, es menester que exista un procedimiento especial para el ejercicio del control de constitucionalidad, o sea, concentrado en un tribunal constitucional.

5. ¿Hacia un modelo dialógico?

La existencia de un escenario de pluralismo interpretativo (basado no solamente en diferentes fuentes sino en interpretaciones de la misma fuente que compiten entre sí),⁶⁹⁸ ha llevado a intentos por encontrar modelos y concepciones que induzcan a entrar en una dinámica más de cooperación y diálogo, que de competencia y conflicto.

En esta línea, encontramos a diversos autores que nos hablan desde una perspectiva descriptiva, pero también prescriptiva, del desarrollo de técnicas de acomodo mutuo entre jurisdicciones supranacionales y nacionales, diseñadas e implementadas para evitar conflicto.

⁶⁹⁸ Miguel Poiars Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325-370, 2008. Versión estenográfica del simposio revisada en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf> , pp. 7-10.

En este sentido, el profesor Neuman nos habla de ciertas técnicas consistentes en acomodados internacionales a los derechos constitucionales nacionales:⁶⁹⁹ por ejemplo, el uso por parte de tribunales internacionales de la interpretación de una o varias interpretaciones que de las respectivas constituciones nacionales realizan los tribunales domésticos, como una estrategia deliberada para evitar o reducir el conflicto.⁷⁰⁰ Igualmente, podemos citar la práctica de algunas jurisdicciones supranacionales de buscar un consenso regional en la interpretación que los tribunales constitucionales hacen de un derecho en particular, como parámetro para elaborar su propia interpretación en sede supranacional.⁷⁰¹

Por otro lado, Neuman habla también de acomodados de las constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos: por ejemplo, elevar los derechos humanos de fuente internacional como fuente orientadora de la interpretación constitucional (interpretación conforme); o bien, la decisión voluntaria de los tribunales constitucionales nacionales de recurrir a la interpretación internacional de los derechos humanos en la definición de los derechos fundamentales previstos en la constitución nacional. Técnicas que desde hace tiempo ya es posible ver en el horizonte del SIDH.

⁶⁹⁹ Neuman, Gerald L., "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, p.p. 1882 y ss.

⁷⁰⁰ Ayala Corao reporta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho precisamente esto: "A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Ejemplo de ello se puede ver en la norma que —a propuesta nuestra— resultó incorporada en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales." *op. cit.*, p. 2.

⁷⁰¹ Así lo ha hecho, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos, al definir el margen de apreciación con que cuentan los Estados europeos sujetos a su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha observado la práctica de otros estados miembro como un factor relevante en la evaluación de la medida restrictiva de derechos adoptada por el Estado examinado. Si no hay práctica de consenso entre los Estados, entonces la Corte ha considerado que el margen de apreciación es más amplio. Arai-Takahashi, Yutaka *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Hart Publishing, Reino Unido, 2001, p. 15.

Pero lo que quisiera resaltar aquí es que es posible identificar una serie de doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones nacionales y supranacionales, que dan importancia a preocupaciones sistémicas. Se trata de doctrinas que bien podrían denominarse 'interjurisdiccionales', que parten de la imagen de un sistema judicial internacional en surgimiento e interconectado, en que las relaciones están normadas por reglas de procedimiento producidas por los propios tribunales implicados en el sistema.

Creo que el examen profundo de estas doctrinas abre un campo que permitirá ir construyendo una dinámica de cooperación y diálogo entre las jurisdicciones de los distintos niveles. Entre dichas doctrinas, podemos mencionar las siguientes.

Principio de Subsidiariedad

Es preciso ver al principio de subsidiariedad con funciones de mediación conceptual y retórica entre tribunales supranacionales que apuntan a la armonización y la unidad, y el pluralismo y la diferencia nacionales, en el contexto de una organización regional multinacional.⁷⁰²

Como dice Carozza, el principio de subsidiariedad implica, en primer lugar, que los estados nacionales sean los que protejan y hagan respetar los derechos humanos, en la medida en que pueden hacerlo por sí mismos; en muchos casos, este aspecto de la subsidiariedad habrá de resultar en un grado de discreción sobre la interpretación e implementación de los derechos por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en segundo lugar, la subsidiariedad apoya la idea de la integración de la interpretación e implementación nacional y supranacional de los derechos en una comunidad de discurso, respecto de la idea de derechos humanos. Y en tercer lugar, en la medida que los órganos del Estado nacional no puedan lograr estos fines, los

⁷⁰² Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 1, 2003, p. 40.

órganos internacionales, creados por decisión de los propios Estados, pueden intervenir.⁷⁰³

El principio de subsidiariedad es adecuado también por realidades prácticas que deben ser tomadas en cuenta, relativas a la inhabilidad o imposibilidad real de los mecanismos de protección internacionales (CIDH y CrIDH) de conocer y resolver todos los casos en que surjan violaciones a derechos humanos, en términos de la Convención. Hay pues un interés sistémico en preservar ambos grupos de instrumentos como instituciones viables y respetadas.⁷⁰⁴

Desde el principio de subsidiariedad, hay que pensar la manera de avanzar hacia una teoría normativa de un sistema judicial internacional y cómo es que los tribunales mismos pueden contribuir a hacerlo funcional, fuera de un esquema de jerarquía estricta.

Margen de apreciación

La doctrina de MA está basada en la noción de que cada sociedad tiene derecho a un cierto espacio y discreción en cuanto a la resolución de conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales. Esta noción, con su relativismo moral inherente, entra en conflicto con la idea de la universalidad de los derechos humanos. En el extremo, la doctrina puede debilitar seriamente la promesa de una aplicación efectiva de los derechos humanos que contradice políticas nacionales. Y su uso puede comprometer la credibilidad de los órganos aplicadores de derechos humanos internacionales. Aplicaciones inconsistentes en casos similares debido a diferentes márgenes permitidos por las cortes de derechos humanos puede hacer surgir preocupación sobre dobles estándares judiciales. Y de manera más importante: la retórica que apoya el margen de apreciación y la falta del énfasis en valores universales y estándares puede llevar a las instituciones nacionales a resistir la revisión externa en su conjunto,

⁷⁰³ Ibid., pp. 57-58.

⁷⁰⁴ Algo similar argumenta Young al describir la relación entre tribunales federales y locales en los EUA, en términos que no son estrictamente jerárquicos. Young, Ernest A., "Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System", *Duke Law Journal*, vol. 54, no.5, 2005, p. 133.

bajo el argumento de que ellas son mejores jueces y árbitros finales para determinar cuál es el margen apropiado. Así, la autoridad de los órganos internacionales de derechos humanos se vería minada.⁷⁰⁵

La doctrina del margen de apreciación permea la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien ha sido más o menos evitada en otras instancias internacionales (la CrIDH sin embargo, en la OC-4184, Enero 19 1984, se refiere a ella en relación con el margen de los estados para el establecimiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad y la determinación de si éstos se han cumplido).

A pesar de ello, creo que sería útil analizar con más cuidado este instrumento, en sus posibles beneficios, sus riesgos, en especial en contextos de sociedades democráticas y estados de derecho débiles, y en donde siguen prevaleciendo un tipo de violaciones de derechos humanos particularmente graves (que tienen que ver con masacres, desapariciones forzadas, tortura).

Debemos también profundizar en el debate más de fondo e incluso filosófico relativo a si los accidentes de la cultura, el lenguaje, historia, circunstancia institucional y política, organización económica y otras circunstancias que diferencian a unas sociedades de otras a través del tiempo y el espacio son o no irrelevantes en la puesta en práctica de derechos fundamentales que tienen pretensión de universalidad. ¿La universalidad de principio implica uniformidad de aplicación de los derechos humanos?; ¿puede haber caminos diferentes en la implementación nacional de los derechos humanos, sin dejar de ser consistentes con los estándares internacionales?⁷⁰⁶

Considero que es importante el estudio de la doctrina del margen de apreciación,⁷⁰⁷ no tanto para implementarla tal cual en el SIDH, sino para

⁷⁰⁵ Benvenisti, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 843-844.

⁷⁰⁶ Carozza, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁰⁷ En esta línea se encuentra el ensayo del profesor Javier García Roca, titulado "Criterios para la Aplicación del Margen de Apreciación Nacional en las Sentencias del Tribunal Europeo

explorar la posibilidad de construir alternativas que parecen serle cercanas y que pueden ser más apropiadas en el contexto latinoamericano, como la llamada 'doctrina de la cuarta instancia'. Esta doctrina, como se sabe, es producto del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y está estrechamente vinculada con la regla del agotamiento de los recursos internos. En virtud de ella la Comisión no puede revisar sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención:

“51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

52. La "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como "una cuarta instancia cuasi-judicial" con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial.”⁷⁰⁸

de Derechos Humanos: El Alcance del Escrutinio en el Amparo Europeo”, en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 1, IIDC/APDC/IIJ(UNAM), IDEMSA, Perú, 2009, pp. 737-762.

⁷⁰⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Marzióni v. Argentina*, Caso 11.673, Informe 39/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 76 (1997).

Doctrinas como esta pueden tender puentes de diálogo y generar dinámicas de cooperación entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Interpretación conforme

Otra técnica que puede ayudar a generar este marco de cooperación es la llamada 'interpretación conforme'. Como se sabe, el artículo 10, apartado 2 de la Constitución Española nos ofrece una forma estándar de consagrar esta técnica de interpretación:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Cabe señalar que la propuesta de reforma al art. 1º de la Constitución mexicana, aprobada por el Senado el 8 de abril de 2010, establece esa misma técnica en los siguientes términos:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.”⁷⁰⁹

Ahora bien, la tarea del juez de interpretar una norma de derecho nacional de una forma acorde con el derecho internacional, y específicamente, con el derecho internacional de los derechos humanos, dista mucho de ser una tarea mecánica. Las posibilidades de este tipo de interpretación dependen de una serie de condiciones jurídicas referidas, por ejemplo, al contenido y estructura tanto de la norma de derecho nacional a ser interpretada 'a la luz' de la norma internacional; al contenido y estructura de esta última; o bien a factores como la relación de la técnica de la interpretación conforme con otros métodos de interpretación constitucional aceptados en la jurisdicción correspondiente, el

⁷⁰⁹ Es decir, “los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte”, refiere el primer párrafo del artículo 1º de la Constitución, en la propuesta de reforma.

grado de admisibilidad o receptividad a construcciones *contra legem* y la ponderación del principio de certeza jurídica.⁷¹⁰

Cabe señalar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 introdujo el principio de interpretación conforme en el párrafo segundo del artículo 1º de la norma fundamental mexicana:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia.”

Principio pro homine o pro persona⁷¹¹

Este principio resulta particularmente interesante, pues hace a un lado un criterio formal de jerarquía en la resolución de conflicto de normas, e implica la aplicación de un criterio sustantivo.

En efecto, como observa Mónica Pinto en el tema de los derechos humanos, hay un conjunto de normas internacionales y nacionales, que en más de una ocasión se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o cuestiones que presentan aspectos análogos. Conviven así normas internacionales universales, regionales, con normas internas de distinta data que contemplan

⁷¹⁰ En este tema ver Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 3, 2004, pp. 576-578.

⁷¹¹ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

desde libertades públicas lato sensu hasta la última versión de los derechos humanos, y ante la pluralidad de fuentes apuntada, se impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados. Por ello, para Pinto:

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.”⁷¹²

Esto permite una solución que prescinde del principio de jerarquía en la aplicación de normas: a veces la norma internacional prevalecerá sobre la nacional, pero también podrá suceder lo contrario, en función de cuál norma sea la que mejor proteja a la persona humana, sin que la prevalencia de una u otra pueda determinarse a priori.

Los tribunales mexicanos no han sido ajenos al principio *pro homine*. Cabe destacar las tesis aisladas I.4o.A.441 A y I.4o.A.464 A, según las cuales:

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

⁷¹² Pinto, Mónica, “El Principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales, CELS, Buenos Aires, 2004, p. 163.

Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.⁷¹³

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.⁷¹⁴

Igualmente, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el principio pro homine en la resolución de un buen número de casos. Desde 2002 ha emitido la Tesis Jurisprudencia S3ELJ 29/2002, cuyo rubro y contenido son los siguientes:

"DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACION Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.—Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, así cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos. En efecto, los derechos fundamentales de

⁷¹³ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa Tomo XX, Octubre de 2004, pág. 2385.

⁷¹⁴ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa, Tomo XXI, Febrero de 2005, pág. 1744.

carácter político-electoral consagrados constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, tienen como principal fundamento promover la democracia representativa, habida cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática. Lo anterior, en virtud de que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como lo son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental. Lo anterior, desde luego, no significa en forma alguna sostener que los derechos fundamentales de carácter político sean derechos absolutos o ilimitados."⁷¹⁵

Destaca, por otro lado, el empleo del principio pro homine por parte de la Sala Superior del referido Tribunal en el llamado caso Hank Rohn. Como se recordará, el tema esencial en dicho conflicto consistió en determinar los alcances de lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI (que permitía a quien ocupa un cargo, empleo o comisión en los ayuntamientos, el ejercicio del derecho a ser votado como gobernador del Estado, siempre y cuando se separe del cargo noventa días antes de la elección) y 42, párrafo tercero (que preveía que no podrán ser electos a ese cargo, entre otros, los presidentes municipales, aún cuando se separen del cargo), ambos de la Constitución de Baja California.

En la sentencia respectiva (Expediente: SUP-JDC-695/2007), la Sala Superior de TEPJF realizó un análisis de legalidad de la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Baja California, y para ello se basó en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México (apoyándose, a su vez, en el criterio de la Suprema Corte de Justicia que reconoce en los tratados un nivel inferior a la Constitución General, pero superior a las leyes generales, federales y locales). A partir de este análisis, y en aplicación del principio pro homine, la Sala Superior consideró que no debía aplicarse el restrictivo artículo

⁷¹⁵ Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes **1997-2005**, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, volumen de jurisprudencia, páginas 97-99.

42, párrafo tercero de la Constitución de Baja California, en los siguientes términos:

“La conclusión alcanzada, en el sentido de que la interpretación lleva a aplicar lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la constitución local, por ser el precepto que maximiza y potencializa el ejercicio del derecho fundamental de ser votado, se corrobora si se acude al método de interpretación *in dubio pro homine* o *pro libertate*, que tiene como directriz favorecer a la libertad en caso de duda, esto es, implica considerar a la libertad como uno de los valores de la mayor importancia en un Estado de Derecho, si se tiene en cuenta que los principios son las piezas más importantes del sistema jurídico, puesto que representa el poder en el campo de acción del individuo necesario para su desarrollo y autorrealización, lo cual redundaría en beneficio de la sociedad, y como tal, constituye un freno al poder del Estado, para impedir los abusos de los gobernantes.”⁷¹⁶

A nivel de las Salas Regionales del TEPJF, el principio *pro homine* también ha sido empleado en la resolución de casos, como sucedió en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (identificado con el expediente ST-JDC-10/2009). En esta disputa, Ramón Hueso Alcaraz y J. Jesús Jaramillo Fabila impugnaron la exclusión que la autoridad responsable

⁷¹⁶ A partir de este caso, se emitió la siguiente tesis XLI/2007 “**DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (Legislación de Baja California).**—La interpretación sistemática de los artículos 41, fracción VI, 42, párrafo tercero, y 80, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, conforme con el 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1°, 2°, 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite establecer que el hecho de que un ciudadano esté en ejercicio de un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el que fue electo, siempre que se separe dentro del término legalmente exigido. Acorde con lo anterior, cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político electorales deberá basarse exclusivamente en calidades inherentes a la persona, además de ser necesaria e idónea para lograr la finalidad perseguida, y obedecer a criterios objetivos, racionales y proporcionales, que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional; por tanto, la limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado.” *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-695/2007.*—Jorge Hank Rhon.—Autoridad responsable: Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California.—6 de julio de 2007.—Unanimidad de seis votos en el criterio.—Ponente: Pedro Esteban Penagos López.—Secretarios: Claudia Pastor Badilla, Sergio Guerrero Olvera, Eduardo Hernández Sánchez y Andrés Carlos Vázquez Murillo.

hizo de ellos, respecto del padrón electoral y de la lista nominal de electores, dado que consideró que se encontraban suspendidos en sus derechos político-electorales, por estar sujetos a un proceso penal derivado del auto de formal prisión dictado por el Juez Segundo en Materia Penal del Fuero Común de Manzanillo, Colima.

La acción de la autoridad responsable, se basó en lo establecido en el artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece la suspensión de derechos y prerrogativas del ciudadano en los siguientes términos:

"Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión."

Ahora bien, en su razonamiento los magistrados de la sala regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en Toluca, consideraron que "los derechos y prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse en los ordenamientos que conforman la "Ley Suprema de la Unión" ...[por lo que] es válido acudir a este bloque de constitucionalidad para aplicarlos cuando prevean una situación jurídica de mayor tutela de tales derechos, sin que esto pueda constituir una contravención a la Constitución, ya que ésta permite tal remisión según se evidenció. En ese sentido, puede afirmarse que si el tratado amplía la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de los ciudadanos, deben considerarse como normas supremas de la unión y constitucionalmente válidas."

Así, la Sala Regional consideró aplicable al caso el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que la suspensión de derechos no debe ser indebida, al tenor de lo siguiente:

"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

Asimismo, la Sala Regional observó que el alcance normativo de dicho precepto había sido fijado por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General número 25 de su 57° período de sesiones en 1996, en el sentido de que: "a las personas a quienes se priva de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar."⁷¹⁷

Al igual que en la interpretación conforme, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó en el párrafo segundo del artículo 1º de la norma fundamental mexicana el principio pro persona.

Concluimos este apartado resaltando la idea de que estas doctrinas pueden ser construidas no como imposición de unos órganos sobre otros, sino por los

⁷¹⁷ "Consecuentemente, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue celebrado por el Estado Mexicano conforme a lo previsto en la Constitución Federal, toda vez que nuestro país se adhirió a él y tal acto fue ratificado por el Senado de la República el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, puede afirmarse que tal cuerpo normativo, incluido su artículo 25, forma parte de lo que el artículo 133 constitucional denomina "Ley Suprema de la Unión", por lo que resulta válido atender a éste para orientar la decisión respecto de la pretensión de los demandantes, en el sentido de que, al estar sujetos a proceso y no encontrarse privados de la libertad, se les debe permitir ejercer sus derechos político-electorales."

"La anterior conclusión es acorde, además, con lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales subyace y se reconoce a favor de quien está sujeto a proceso penal el derecho fundamental a la presunción de inocencia, hasta en tanto se demuestre lo contrario; lo cual implica, que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le priva de la libertad, los promoventes no deben ser suspendidos en sus derechos político-electorales." Sentencia de 5 de marzo de 2009, Sala Regional del TEPJF, con sede en Toluca de Lerdo, Magistrado ponente: Santiago Nieto Castillo.

propios tribunales de todos los niveles, a partir del reconocimiento de una necesidad funcional, y en aras de cuidar un interés sistémico.⁷¹⁸

6. Líneas de investigación abiertas para mayor reflexión

Finalmente, me refiero a algunos temas que podrían convertirse en líneas de investigación que contribuyan en esta tarea de generar un marco de diálogo y cooperación entre tribunales nacionales y supranacionales.

A. Afinar la idea de coordinación, orden no jerárquico (Teoría del Derecho)

Como señalan 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).⁷¹⁹

¿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.⁷²⁰

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.

⁷¹⁸ Martínez, Jenny, "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, p. 434.

⁷¹⁹ Kerchove, Michel Van de y Ost, Francois, *El Sistema Jurídico Entre Orden y Desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 102.

⁷²⁰ *Ibid.*, pp. 102-104.

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, 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 términos 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.

Es decir, el 133 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, finalmente, 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?

B. Trabajar en una construcción conceptual que permita articular y conciliar el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos (Teoría de la Constitución).

Por ejemplo, en la línea que ha trabajado Häberle. Para este autor, el Estado constitucional cooperativo será aquel Estado cuya identidad, incluso a nivel internacional, se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad.

“El derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el derecho internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el derecho internacional no termina allí donde empieza el derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de derecho son tan intensas que sólo puede producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘derecho común de cooperación’... El Estado ‘social cooperativo’ no conoce la alternativa del llamado ‘primado’ del derecho internacional ni tampoco del derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del derecho

interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible.”⁷²¹

O bien, la conceptualización de Giancarlo Rolla:

“En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica.”⁷²²

“En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien al reconocer la aplicación directa de las convenciones sobre derechos fundamentales de la persona, o bien al aplicar el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, sin necesidad de admitir en este último caso la aplicabilidad directa de las normas internacionales.”

“En segundo lugar, el mencionado proceso de ósmosis favorece la creación de un derecho común, utilizable tanto por los órganos supranacionales como por los nacionales, derecho común que constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional. Dicho resultado se alcanza tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y, sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales. No obstante, otros elementos se revelan como necesarios, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo. “

“Del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia. Si, por un lado, los derechos fundamentales forman parte de los

⁷²¹ Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Tecnos, 2002, pp. 257 y 258. Citado por Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 112, Enero-Abril 2005, pp. 325 y ss.

⁷²² Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 86.

principios fundamentales del derecho comunitario; si- por otro lado- los derechos constitucionalizados por los concretos ordenamientos concurren en la definición de las tradiciones constitucionales comunes, de ahí se deduce que los niveles constitucionales de tutela tienden a homogeneizarse y, al mismo tiempo, a enriquecerse. En efecto, se ofrece al ciudadano la posibilidad de acudir a una doble jurisdicción: dirigiéndose al juez nacional para solicitar la aplicabilidad de una norma de derecho internacional; o bien, recurriendo ante el juez internacional para que compela al propio Estado a dar aplicación a sus obligaciones internacionales”.

“Una tercera consecuencia conectada con la formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales, está constituida por la ampliación del catálogo de los derechos reconocidos en el ámbito nacional, tanto por vía normativa como jurisprudencial. Particularmente, la implementación normativa tiene lugar a través de la incorporación en la Constitución de las normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien reconociendo a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria”.⁷²³

Por supuesto, hay que estar atentos también a los modelos que ya se pueden ver en la literatura, y que de manera más específica se refieren a la relación entre tribunales supranacionales y tribunales constitucionales nacionales. Por ejemplo, Ahdieh ofrece un modelo de ‘revisión dialéctica’ en el que están implicados la idea de una revisión judicial por parte de tribunales internacionales sobre tribunales domésticos, pero con la idea de diálogo en su núcleo. Este modelo descansa en el encuentro recurrente entre las jurisdicciones nacionales e internacionales, en un proceso que avanza hacia una síntesis de derecho compartido. Es una forma de interacción judicial que no es ni revisión en apelación jerárquica, ni mero diálogo horizontal a la manera de citas y referencias cruzadas entre tribunales. El modelo de ‘revisión dialéctica’ tiene elementos jerárquicos y de diálogo, pero es un híbrido distinto a la jerarquía vertical o al diálogo horizontal.⁷²⁴

C. Estudiar a profundidad las doctrinas y prácticas judiciales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas; doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones en competencia

⁷²³ *Ibid.*, pp. 87-92.

⁷²⁴ Ahdieh, Robert B., “Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts”, *New York University Law Review*, vol. 79, no. 6, 2004, pp. 2034-2035.

Por último, es preciso identificar el elenco de técnicas, doctrinas y prácticas que permiten el diálogo, evitan el conflicto, promueven una relación estable, dinámica cooperativa, y que presupongan la co-existencia entre tribunales; pero también debe estudiarse las llamadas 'doctrinas de elusión' de la aplicación del derecho internacional a nivel interno.

Un ejemplo de relación cooperativa puede encontrarse en la manera en que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Europeo de Justicia han ido construyendo una relación no tanto basada en jerarquía, sino en una relación de cooperación, teniendo en cuenta consideraciones de la estructura general de la que forman parte en el surgimiento de un sistema judicial europeo.

En Solange I, el Tribunal Constitucional Alemán partió de un análisis estructural, según el cual la Comunidad Europea no era un Estado, y en particular no era un estado federal, sino una entidad sui generis en proceso de integración progresivo, de carácter inter-estatal. Con base en ello, consideró que en principio, dos esferas jurídicas independientes co-existirían una al lado de la otra, con su propia validez; a partir de ello, una relación especial entre ambas esferas, en el que era deber de los órganos, y en particular de los tribunales, que en sus decisiones se consideren ambos sistemas jurídicos. Un deber de cooperación similar al deber de cortesía (comity) que existe en un estado federal. Así, el Tribunal Constitucional Alemán razonó que tenía el deber de revisar las normas de la Comunidad en cuanto a su concordancia con al Ley Fundamental de Bonn, particularmente en ausencia de un catálogo de derechos fundamentales que limiten la acción de la Comunidad.

El Tribunal Europeo de Justicia respondió a estas críticas iniciando una práctica de revisar las normas de la Comunidad para asegurar que fueran consistentes con los derechos fundamentales (aun ante la ausencia de una disposición de los tratados que le facultaran para hacerlo). Pero-al parecer- el Tribunal Europeo consideró esta operación como algo crítico para asegurar el ejercicio de su autoridad y jurisdicción sobre los tribunales constitucionales nacionales.

14 años después de Solange I, vino la sentencia en Solange II, en la cual el Tribunal Constitucional Alemán, consideró que como el Tribunal Europeo había venido garantizando adecuadamente los derechos fundamentales, de una manera esencialmente comparable con los estándares de la Ley Fundamental alemana,, no era ya necesario que el Tribunal Alemán ejerciera una revisión independiente de los actos de la Comunidad.⁷²⁵

Capítulo IX. Recapitulación y Conclusiones

1. 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

⁷²⁵ Martínez, *op. cit.*, pp. 445-447.

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 aquélla 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 dicha 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, ONGs 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 supra regionales, 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; sociedades nacionales, regiones y municipalidades sienten cada vez más el impacto de decisiones tomadas con frecuencia en lugares muy distantes; un sinnúmero de problemas ambientales son a priori de naturaleza global y por lo tanto sólo pueden resolverse mediante la acción conjunta por encima de las fronteras nacionales.

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 aproximarse. Y no es que el intercambio cultural no hubiese 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.

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),⁷²⁶ 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. Soluciones que podrán consistir en, la cooperación intergubernamental, el establecimiento de regímenes internacionales, la conformación de

⁷²⁶ Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, España, pp. 67-71.

organizaciones políticas supra-nacionales, 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, mismo que revisamos en el capítulo V de este trabajo.

Lo anterior significa, finalmente, que el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo “post-westfaliano”. 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.”⁷²⁷

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

2. El Estado

Ahora bien, a pesar del nuevo contexto y los efectos que las referidas características de la globalización puedan tener sobre el Estado, éste 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

⁷²⁷ Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 120.

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 las 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*, *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 dogmática, 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 referido ejercicio de reconceptualización referido en el párrafo anterior.

3. 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 dicho término está lejos tener un

significado único y aceptado por todos. Ello no obstante, se han 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 éstos, 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 dichas 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 ONGs 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 sólo 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.⁷²⁸

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.⁷²⁹ 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”.

4. Gobernanza global y Derecho Constitucional

Ahora bien, 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

⁷²⁸ Picciotto, Sol, “Fragmented States and International Rules of Law”, *Social and Legal Studies*, vol. 6, no. 2, Junio 1997, pp. 272-273.

⁷²⁹ “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. 2-3.

del poder. Sin embargo, el paradigma tradicional y aún dominante limita el alcance de dichas funciones al ámbito de las instituciones estatales.

El hecho de que en la era de la llamada globalización, el poder se está reconfigurado 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"),⁷³⁰ 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 sub-líneas de análisis, tales como la manera en que las instituciones de la 'gobernanza global' pueden llegar a influir en las

⁷³⁰ 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.

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.

5. Instituciones de la gobernanza global y derecho constitucional mexicano

De esta manera, y en relación con la influencia que las instituciones de la gobernanza global (como el FMI, el BM o el BID) pueden ejercer sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales, encontramos que no era posible identificar evidencia empírica suficiente como para asegurar que existiera una vinculación clara entre las recomendaciones del BM y del FMI y una serie de reformas constitucionales que se dieron en México entre 1983 y 1995, mismas que, a nuestro parecer, obedecieron más bien (en particular la de 1983), a la necesidad de recomponer el pacto político y social doméstico, entre las élites políticas y económicas.⁷³¹

Sin embargo, también encontramos que sí existió una clara asociación entre una serie de programas de asistencia técnica y financiera de ciertas instituciones internacionales y la reforma constitucional en materia de justicia penal, publicadas en el DOF el 18 de junio de 2008.

En efecto, autores como Ovalle Favela han señalado que las reformas constitucionales en materia de justicia penal de 2008, se ubican dentro de las orientaciones de las reformas del proceso penal que se han llevado a cabo en diversos países de América Latina (Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala) bajo los auspicios del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Agencia del

⁷³¹ Que no hayamos encontrado evidencia empírica en este tema no necesariamente significa que no haya existido ningún tipo de vinculación clara entre las recomendaciones del BM y del FMI y una serie de reformas constitucionales que se dieron en México entre 1983 y 1995.

Gobierno Norteamericano para el Desarrollo Internacional (USAID).⁷³² Señala también este autor que en nuestro país, USAID financia el llamado Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho), entidad que reconoce expresamente que apoyó la reforma constitucional en materia penal.

Por otro lado, debemos aludir a la fuerte influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera en los sistemas jurídicos nacionales principalmente a nivel legal, tal y como lo han explicado López Ayllón y Fix Fierro y López Ayllón.⁷³³ Es decir, independientemente de que se impacte o no la normativa de rango constitucional, la influencia de las instituciones de la gobernanza global sobre la elaboración de las leyes en México tiene, de suyo, una serie de implicaciones constitucionales. Entre ellas, debemos mencionar la que tiene que ver con el sujeto operador del cambio legislativo en nuestro país. En este sentido, el entendimiento tradicional nos dice que el proceso legislativo (regulado por la Constitución) se da a través de una concatenación de decisiones de los integrantes de las cámaras del Congreso de la Unión, mismos que representan a un electorado nacional.⁷³⁴ El esquema presupone que hay una conexión entre legisladores y electorado, en el entendido que los primeros llevan al proceso legislativo las preferencias y demandas del segundo. Así se conecta el principio democrático con el derecho, dándole a éste legitimidad. Sin embargo, bien sabemos que en este proceso los partidos políticos juegan un papel muy relevante, como articuladores de las preferencias y demandas del electorado.

⁷³² Ovalle Favela, José, *El Procedimiento Penal Oral en Chihuahua*, UNAM/Gobierno de Chihuahua, México, 2010, pp. 31-32.

⁷³³ Como ya referimos, Fix-Fierro y Ayllón han reportado 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 por ciento 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.

⁷³⁴ Algunos puristas dirían: los diputados representan a la Nación; mientras que los senadores a las entidades federativas (y los senadores de representación proporcional ¿a quién representan?)

Ahora bien, este esquema formal no da cuenta de la existencia de grupos de interés que a través del cabildeo buscan influir en las decisiones de las cámaras del Congreso. El cabildeo o *lobbying*, es una realidad que forma parte del proceso legislativo en un sentido amplio, y que cada vez se encuentra más institucionalizado.⁷³⁵

Pero la influencia que las instituciones de la gobernanza global pueden llegar a ejercer sobre el cambio legislativo en México, va más allá del fenómeno del cabildeo. Esto es así, en razón del poder que tienen para impulsar sus recomendaciones, por vía de préstamos condicionados, o bien del binomio asistencia financiera- asistencia técnica. Con este fenómeno, estamos ante una serie de actores centrales en el cambio legislativo, que no aparecen en el esquema formal, que no tienen conexión con el electorado ni los partidos políticos nacionales, y que responden a una lógica, perspectiva y visión global, más que a una doméstica.

Asimismo, en la medida en que las recomendaciones e influencia de las instituciones de la gobernanza global tienen un alcance en verdad global, es que puede identificarse una convergencia en los diseños institucionales a nivel legal, pero que eventualmente pueden también darse en el nivel constitucional.

Por otra parte, hemos visto que la llamada internacionalización del derecho constitucional, alude al fenómeno por el cual el derecho constitucional de los estados-nacionales se ve influido en sus contenidos y en sus estructuras, por el derecho internacional, de diversas maneras. En este tema acudimos a la formulación de Sorensen quien, como referimos, ha observado 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.⁷³⁶

⁷³⁵ Consultar Elías Galaviz, Efrén, *El Cabildeo Legislativo y su Regulación*, UNAM, México, 2006.

⁷³⁶ Sorensen, *op. cit.*, pp. 562-563.

En su momento, 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, pudimos afirmar que en el horizonte mexicano se podía ver al menos tres 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. Asimismo, sostuvimos que 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 podríamos identificar otro de los puntos clave que forman parte del planteamiento de la presente investigación.

A. La OMC

En el caso de la OMC, y más allá de los litigios en que México se ha visto involucrado en el marco de dicha organización, consideramos pertinente aludir a los ajustes que el gobierno mexicano ha realizado al sistema jurídico doméstico, en función del esquema normativo de la mencionada organización. Dichos ajustes se han reflejado en cambios legislativos en áreas como la de aranceles, procedimientos aduaneros, normas, inversión extranjera, propiedad intelectual, competencia económica, mejora regulatoria, y compras del sector público, regulación del sector financiero, subsidios, política fiscal, entre otros. Ello es evidente a partir de lo que el propio gobierno mexicano establece en sus informes periódicos ante la Secretaría de la OMC al que se aludió.

Por su parte, y como mencionamos, la Secretaría de la OMC también produce un documento en el que periódicamente se hace un recuento y/o evaluación de las de reformas legislativas y reglamentarias promovidas por el gobierno

mexicano, en cumplimiento con los acuerdos de la OMC. Y en dichas evaluaciones se suele mencionar reformas ya realizadas, pero también se recomienda reformas que sería conveniente realizar mencionándose, en algunos casos áreas que están comprendidas en la constitución mexicana (por ejemplo, el sector energético).

En nuestro estudio, hemos podido constatar que el ingreso de México a la OMC ha implicado la realización de importantes cambios normativos, por lo menos a nivel legislativo. Esto, de suyo, merece una lectura desde una perspectiva constitucional, en los términos ya referidos líneas arriba. Pero además, resulta claro que los cambios en algún momento podrían alcanzar el texto mismo de la Constitución, como se desprende de algunas de las recomendaciones de la Secretaría de la OMC arriba mencionadas. De darse esta situación, tendríamos que reconocer a la OMC como un actor relevante del proceso constitucional mexicano, lo cual no encaja con concepciones tradicionales descriptivas y prescriptivas, acerca del origen que tienen y debieran tener las normas constitucionales.

B. Capítulo XIX del TLCAN

Por otro lado, nuestro examen de los tribunales arbitrales del capítulo XIX del TLCAN nos llevó directamente a temas del ámbito constitucional. Como se recordará, una de las preguntas planteadas consiste en dilucidar si dichos tribunales pueden aplicar o no la Constitución en la resolución de los casos de que conocen. En este punto, concluimos que con independencia de que formalmente hablando, el criterio de revisión para ejercer el control sobre las autoridades mexicanas se encuentre en una ley (antes el artículo artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, ahora el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo), el contenido sustantivo de estos artículos corresponde a algunas de las garantías individuales consagradas en

nuestra Constitución, tales como la de “autoridad competente”, “fundamentación y motivación”, “garantía de audiencia”, y “formalidades esenciales del procedimiento”. A su vez, esto significa que a pesar de que formalmente los tribunales arbitrales de capítulo XIX realicen un control de legalidad, materialmente están habilitados para realizar un examen próximo al control de constitucionalidad, en la revisión de actos de autoridades mexicanas. Y además, sus decisiones son de última instancia, es decir, no revisables por ningún tribunal nacional, como lo indica el artículo el artículo 1904.11 del TLCAN.

Asimismo, y en cuanto a la pregunta relativa a si el mecanismo del capítulo XIX viola o no el mandato del artículo 104, fracciones I y III de la Constitución, consideramos que sí existe un problema de incompatibilidad que no puede ser fácilmente resuelto por la vía interpretativa. En primer lugar, en una controversia de capítulo XIX las partes son el Estado mexicano (específicamente, la Federación) y los exportadores/importadores afectados por una resolución administrativa emitida por una autoridad federal (SECOFI/SE). En segundo lugar, este tipo de controversias se dan en relación con el cumplimiento de una ley federal (Ley de Comercio Exterior) y de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano (TLCAN).

Frente a ello, el artículo 104 de la Constitución establece que corresponde a los tribunales de la federación conocer: de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el estado mexicano (fracción I); y de aquellas en que la federación fuese parte (fracción III).

Por su parte, la discusión sobre la procedencia o no del amparo en contra de resoluciones de los tribunales arbitrales del capítulo XIX del TLCAN, nos metió de lleno en varios aspectos de la problemática sobre el impacto de la globalización en los sistemas jurídicos nacionales. Como se refirió, formalmente hablando, un laudo de un panel no puede entenderse que afecta la esfera jurídica de los gobernados afectados por la decisión. El destinatario

del laudo es la autoridad administrativa que emitió la resolución como producto de una investigación antidumping, imponiendo cuotas compensatorias. Además, es cierto que formalmente el tribunal arbitral no tiene imperio, como sí lo tiene, por ejemplo un tribunal nacional, sea federal o del fuero común. Esto lleva, desde la perspectiva doméstica mexicana, a decidirse por la improcedencia del amparo.

Pero la discusión no debe parar ahí, pues existen elementos en el laudo que obligan a verlo con un enfoque distinto. En primer lugar, no es optativo para la autoridad administrativa el obedecer o no el laudo. Este tiene efectos vinculatorios derivados del tratado. En segundo lugar, y a pesar de la flexibilidad que el lenguaje del TLCAN le permite a la autoridad administrativa, la decisión que ésta tome en cumplimiento del laudo, sí tiene la capacidad de afectar la esfera jurídica de los gobernados. Si se establecen estas conexiones, consideramos que bien podemos estar ante un fenómeno de autoridad pública internacional como concepto que ha desarrollado Bogdandy, y que está llevando a la necesidad de replantearse nociones tradicionales de autoridad y sus mecanismos de control. Ello nos sugiere que es necesario profundizar más en la reflexión sobre las implicaciones de estos órganos que en esencia se han erigido en mecanismos de escrutinio externo del proceso legislativo y regulatorio mexicano.

C. Capítulo XI del TLCAN

En lo que respecta al mecanismo del capítulo XI del TLCAN, también entramos a analizar diversos aspectos de carácter constitucional. Uno de ellos se refiere a la compatibilidad o no de dicho mecanismo en relación con la Cláusula Calvo. En nuestra opinión, el mecanismo del Capítulo XI no violenta la letra de la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional. Consideramos que acudir a este mecanismo no significa invocar la protección del gobierno del inversionista extranjero (que es lo que prohíbe la cláusula aludida). Es decir, los tribunales arbitrales del Capítulo XI no son un gobierno o agentes de un gobierno. Son órganos de naturaleza difícilmente asimilable a las categorías tradicionales del Estado nacional, integrados por personas que, en principio, actúan como entes privados.

Sin embargo, y desde otro ángulo, considero que el mecanismo sí crea un trato desigual entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros. Por un lado, crea un estándar especial respecto del derecho de propiedad y su protección en relación con el poder de expropiación del Estado. Es decir, vía el TLCAN se ha dado una especie de extensión y reforzamiento del derecho de propiedad de los inversionistas de EUA y Canadá en México; y por otro lado, se ha creado un mecanismo de protección y garantía no disponible para los inversionistas mexicanos. Considero que esta circunstancia no es compatible con la letra y espíritu del artículo 1º de la Constitución mexicana, en términos del derecho a la no discriminación.

Además, nuestro examen del capítulo XI del TLCAN y en particular del caso *Metalclad v México*, nos hizo ver algunas de las implicaciones que las decisiones de los respectivos paneles pueden tener, Por ejemplo, a partir del referido caso, ha quedado abierta la posibilidad de que inversionistas extranjeros desafíen decisiones gubernamentales de los estados y municipios, en ejercicio de funciones públicas sobre temas relevantes tales como protección del medio ambiente y de la salud pública y la regulación de los asentamientos humanos. Esta circunstancia, a su vez, tiene el potencial de disminuir la autoridad regulatoria de federación, estados y municipios, sobre todo si tomamos en cuenta la vaguedad de los conceptos de “trato justo y equitativo” del artículo 1105 (¿con qué criterios decidirá un tribunal cuando se está o no ante un trato justo y equitativo al inversionista extranjero ?) y la amplia definición de expropiación del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN; amén de que la lectura amplia de expropiación del tribunal arbitral en términos de ‘actos equivalentes a la expropiación’ y ‘expropiación indirecta’ da, como ya dijimos, a los inversionistas extranjeros (de EUA y Canadá), protecciones de derechos de propiedad que van más allá de los que otorga la Constitución mexicana a los inversionistas y propietarios mexicanos.⁷³⁷ Y no podemos dejar de mencionar el efecto disuasorio que la experiencia con el Capítulo XI puede

⁷³⁷ Ver Rábago Dorbecker, Miguel, “El Régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?”, en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho Comparado Asia-México*, UNAM, México, 2007, pp. 470-471.

tener respecto de las autoridades mexicanas, en el ejercicio (o no ejercicio) de sus potestades regulatorias.

D. Reflexión general sobre los regímenes regulatorios internacionales basados en tratados

Ahora bien, desde una perspectiva más general, podemos afirmar que los mecanismos de la OMC y del TLCAN califican como lo que Stewart ha denominado “regímenes regulatorios internacionales basados en tratados”. Es decir, son órdenes jurídicos establecidos por tratados u otro tipo de acuerdos entre estados que establecen y vigilan la implementación de estándares regulatorios internacionales, que con frecuencia establecen un secretariado u otro tipo de órganos (tales como los de resolución de disputas).⁷³⁸

A su vez, los diferentes tipos de regímenes regulatorios internacionales han llevado a cambios en el derecho doméstico, sin que estén adecuadamente sujetos a los sistemas domésticos de rendición de cuentas y control político y jurídico que se aplicarían a las medidas puramente domésticas. Esto ha hecho surgir importantes preocupaciones sobre temas relacionados con la gobernanza interna, como el control, rendición de cuentas, participación, legitimidad y responsabilidad. Todas ellas, son preocupaciones de carácter constitucional. Como se ha podido constatar a lo largo del presente trabajo, en el debate actual sobre las instituciones de la ‘gobernanza global’ existe una preocupación por su creciente poder, y por el efecto que su actuación puede tener sobre valores constitucionales que podríamos llamar ‘clásicos’ (libertades individuales, debido proceso, democracia, rendición de cuentas, transparencia).

De particular importancia es la perspectiva desarrollada por Armin von Bogdandy, quien ha observado la tensión en la relación entre el derecho económico internacional y la legitimidad, en el sentido de que es que el primero afecta y debilita a la segunda. Como se recordará, en opinión de este autor el derecho económico internacional es derecho de tratados, y ese derecho tiene el potencial de impactar negativamente la legitimidad nacional, si se entiende

⁷³⁸ Stewart, Richard, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 65-67.

esa legitimidad en términos de soberanía democrática efectiva. Y es que, aunque la soberanía democrática se respeta formalmente, el contenido de las reglas es determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo a procedimientos diplomáticos tradicionales, en los cuales el discurso público abierto que podría influir las reglas (discurso que es un elemento esencial de la legitimidad democrática), se limita severamente. Para el referido autor, la autonomía de las élites burocráticas-gubernamentales en el proceso de suscripción de tratados es más grande que en el proceso político nacional. Y esto es particularmente cierto, por ejemplo, en la OMC: una de las organizaciones con más secrecía en el mundo.⁷³⁹

Pero el problema más grave observado por von Bogdandy se da en el efecto que el derecho de la OMC tiene sobre la relación del derecho positivo doméstico con la legislatura y la responsabilidad de ésta última respecto de ese derecho: “el derecho es creado por una legislatura o es por lo menos- en caso del *common law* o del derecho creado por los jueces- bajo su responsabilidad debido a la competencia de la legislatura para intervenir en un momento dado, cambiando o derogando una regla que un proceso de adjudicación autónomo ha desarrollado. Esta positividad del derecho es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: en sociedades democráticas, la mayoría generalmente concebida como un sujeto unitario organizada por medio de un gobierno elegido, puede en cualquier momento intervenir en el cuerpo del derecho y cambiarlo.”⁷⁴⁰ Sin embargo, el derecho de la OMC mina esta positividad del derecho en el siguiente sentido: una vez que un tratado entra en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas es restringido severamente- no normativamente, pero en todo sentido práctico.⁷⁴¹

⁷³⁹ Bogdandy, Armin von, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, Vol. 5, Springer Wien New York, 2003, pp. 105-106.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 107.

Por otro lado, observa von Bogdandy que el mecanismo de adjudicación de la OMC es un procedimiento generador de derecho. Es decir, aparte del derecho sustantivo que tiene su base en los convenios de la OMC, existe un cuerpo de normas que se está desarrollando autónomamente a través del procedimiento de arreglo de disputas. Sin embargo:

“En sistemas jurídicos altamente desarrollados, la función creativa de los jueces está democráticamente incrustada ya que el legislador puede intervenir en cualquier momento. Esta posibilidad de intervención conlleva responsabilidad política y, consecuentemente, legitimidad democrática por esos desarrollos. Como se señaló, tal legislador no existe para el derecho de la OMC.”⁷⁴²

Como resultado de lo anterior-señala von Bogdandy- hay un cuerpo de derecho que está ligado al proceso político solamente por procedimientos extremadamente incómodos, y una vez ratificados, las normas derivadas de dichos instrumentos son de difícil corrección por parte del proceso político doméstico, con base en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos dentro del Estado: “Debido a todos estos elementos, el derecho de la OMC tiene severas consecuencias en la habilidad de los procedimientos legislativos domésticos para generar legitimidad. Esto implica que la legitimidad del derecho de la OMC en sí misma queda cuestionada. ¿Cómo puede la ciencia jurídica responder a este reto?”⁷⁴³

Lo anotado por von Bogdandy vale para el TLCAN y los mecanismos de sus capítulos XI y XIX. Dicho tratado de libre comercio forma parte del entramado del derecho económico internacional, en su vertiente de derecho de tratados. En cuanto tal, su contenido fue determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo a procedimientos diplomáticos tradicionales, lejos de la posibilidad de influencia por parte del discurso público abierto, a pesar de que la soberanía democrática se respetó formalmente (vía el procedimiento de celebración de tratados en la que interviene el jefe de Estado y el Senado de la República).

⁷⁴² *Ibid.*, p. 111.

⁷⁴³ *Ibid.* p. 113.

Asimismo, el derecho del TLCAN modifica la relación entre el derecho positivo doméstico con el poder legislativo y su responsabilidad respecto del desarrollo del derecho: una vez que el TLCAN entró en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas se ha visto severamente restringida- no normativamente, pero en todo sentido práctico. Y este es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: una mayoría política, en un contexto democrático, ya no puede intervenir en una porción importante del cuerpo del derecho y cambiarlo.

Por otro lado, los mecanismos de adjudicación de los capítulos XI y XIX del TLCAN son procedimientos generadores de derecho, y de un derecho que se está desarrollando autónomamente a través de los procedimientos respectivos. Sin embargo, y a diferencia del derecho creado por los jueces en el marco de un Estado constitucional y democrático, los árbitros se encuentran fuera de una estructura constitucional y democrática, y además el legislador nacional no puede intervenir para influir el desarrollo de ese derecho creado de manera autónoma. Vale la pena recordar aquí que los capítulos XI y XIX del TLCAN responden a un modelo privado de adjudicación de disputas, a pesar de que en éstas hay por definición hay un elemento público relevante (al ser el Estado una de las partes). Sin embargo, el mecanismo opera a través de un sistema de 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. Como han señalado Cremades y Cairos, a diferencia de los jueces, los árbitros tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a su clientes, y no hay garantías de independencia y de imparcialidad.⁷⁴⁴

Lo anterior bien podría ser una manifestación de lo que Held ha identificado como otro de los impactos de la globalización sobre los Estados: los cambios en el equilibrio entre poder público y poder privado, en el marco de los

⁷⁴⁴ Van Harten y Loughlin hablan incluso de un sesgo en el mecanismo, contrario a los Estados: “the greater the utility of investment arbitration to investors, the greater the number of claims will be filed, the greater the demand for arbitrators.” *op. cit.*, p. 148.

mecanismos regulatorios locales, nacionales, regionales y globales.⁷⁴⁵ De hecho, y en esta misma línea, Azuela ha notado un sesgo de parte del tribunal arbitral en el caso Metalclad, el cual tomó por cierto el dicho de esta empresa en el sentido de que funcionarios federales 'les dijeron' que no requerían licencia municipal para construir el confinamiento. Para Azuela, ello supone un sesgo en favor de la empresa, al no exhibirse nunca pruebas al respecto. El tribunal no dudó en dar por buena la afirmación de Metalclad, a pesar de que México lo negó rotundamente.⁷⁴⁶

Cremades y Cairns han observado también un notable desequilibrio entre los inversionistas y los estados, en los derechos establecidos por los tratados, ya que hay muy limitados derechos para los estados contra los inversionistas extranjeros, en particular, no hay derecho del estado al arbitraje. Pero sí está obligado a entrar en el arbitraje si el inversionista lo requiere. En general, en relación con los tribunales arbitrales de inversión se alzan objeciones de pérdida de soberanía, falta de rendición de cuentas y transparencia la privacía y secrecía del arbitraje crea sospechas en casos controvertidos) y de la subversión de políticas públicas por los tribunales arbitrales, especialmente política ambientalista de instituciones democráticamente elegidas.⁷⁴⁷

A pesar de que los actores privados, sea individuos o empresas, no tienen legitimación activa para intervenir en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC (sólo los Estados miembros la tienen) el hecho real es que las empresas con actividad internacional con frecuencia cabildan ante sus Estados de origen y/o a los Estados de recepción de inversión para que presenten demandas contra las medidas de otros Estados en el marco de la OMC.⁷⁴⁸ Y no sólo eso, sino que, como observa Zapatero, en la práctica se dan importantes fenómenos de 'participación indirecta no estatal', con diferente

⁷⁴⁵ Held, David, ¿Hay que Regular la Globalización? La Reinención de la Política", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa, México, 2003, pp. 33-34.

⁷⁴⁶ Azuela, *op. cit.*, pp. 50-52.

⁷⁴⁷ Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 189, 193 y 197.

⁷⁴⁸ Shaffer, Gregory C., *Defending Interests, Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2003, pp.1-2.

peso a la hora de orientar la “voluntad autónoma estatal”. Esto es, la práctica muestra que ciertos actores tienen mayor peso informal sobre la decisión estatal de activar o no los procedimientos (en donde el tamaño de las empresas y el volumen del comercio involucrado son factores muy importantes). Y esos actores son los grandes operadores privados.⁷⁴⁹

En efecto, como ha señalado Shaffer el derecho de la OMC, si bien formalmente un dominio del derecho internacional *público*, beneficia y perjudica a partes *privadas*. Y no a cualquier privado, habría que aclarar, puesto que son los actores mejor conectados, con más recursos, y mejor organizados, quienes con más intensidad y eficacia usan el sistema jurídico de la OMC para hacer avanzar sus intereses comerciales.⁷⁵⁰

Finalmente, en este mismo sentido Bown ha observado que a pesar de que las reglas y procedimientos básicos del mecanismo de resolución de diferencias en el OMC son las mismas para todos los miembros, existe un sesgo en cuanto a la participación en el sistema. Esto es así, en razón de que el esquema exige que los países tengan muchos recursos para monitorear y reconocer violaciones relevantes a la OMC y para pagar los procedimientos jurídicos en casos en los que sus derechos se hayan violado. Además, la naturaleza auto-aplicativa del sistema exige que los países demandantes tengan capacidad de establecer represalias comerciales para amenazar con la imposición de costos económicos a los demandados si no cumplen con las decisiones de los paneles de la OMC. Asimismo, la participación en los procedimientos puede ser inhibida por la existencia de relaciones políticas especiales, ya sea dependencia de asistencia o trato comercial preferencial. Si estos y otros incentivos afectan la conducta en cuanto al litigio, los países pobres, poco poderosos pueden no participar en las actividades de resolución de diferencias que son de interés vital para sus intereses comerciales. Así, a pesar de que

⁷⁴⁹ El mecanismo ha creado, por tanto, un nuevo nivel de juego para los grandes operadores privados a través de la representación/intermediación estatal. Zapatero, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁷⁵⁰ “Un derecho público de la OMC más efectivo incita las estrategias legales privadas de EU y de Europa, que a su vez producen más derecho público de la OMC. El derecho de la OMC de esta manera se convierte en derecho ‘más duro’ a través del cual actores privados ejercen influencia en la sombra.” Shaffer, Gregory C., *Defending Interests, Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2003, p. 3.

todos los miembros de la OMC tienen igual acceso al sistema en principio, el uso de las disposiciones de resolución de diferencias puede reflejar un sesgo institucional- esto es, que los países pobres o poco poderosos miembros no participen por los incentivos generados por las reglas y procedimientos de la OMC.⁷⁵¹

En su análisis empírico sobre los factores que influyen la decisión de litigar o no en el esquema de la OMC, Bown concluye que “La evidencia formal indica que a pesar del acceso al mercado de los intereses en una disputa, un país exportador es menos proclive a participar en el litigio de la OMC si tiene inadecuado poder de represalia comercial, si es pobre y si no tiene capacidad de absorber costos legales sustanciales, si es particularmente dependiente del país demandado en cuanto a asistencia bilateral, o si está involucrado con el demandado en un acuerdo de comercio preferencial. Estas son características típicas asociadas con economías en desarrollo en la membresía de la OMC.”⁷⁵²

El esquema de la OMC ha sido diseñado como un instrumento que en última instancia tiene como beneficiarias a las empresas que tienen actividades comerciales internacionales. En ese esquema, los Estados juegan un doble papel. Por un lado, como obligados a ajustar su derecho interno a los estándares establecidos por los instrumentos normativos de la organización; por otro lado, como demandantes en caso de que algún Estado miembro viole dichos instrumentos normativos de alguna manera. En este último caso, los Estados actúan como representantes de los intereses comerciales afectados dentro de su jurisdicción, bajo el presupuesto de que en la defensa de esos intereses particulares existe un interés público (empresas sanas, expansión económica y comercial, mayor empleo a nivel nacional). Se genera de esta manera complejas y sofisticadas estrategias público-privadas multi-nivel, en las que, como bien observa Zapatero, se da la paradoja de que las demandas que promueven las empresas de un Estado tienen como objetivo la retirada de leyes y medidas administrativas que han sido adoptadas, con frecuencia, por

⁷⁵¹ Bown, Chad P. “Participation in WTO Dispute Settlement: Complaints, Interested Parties, and Free Riders”, *The World Bank Economic Review*, vol. 19, no. 2, 2005, pp. 287-288.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 308.

influencia del cabildeo empresarial de otro Estado (tales como medidas proteccionistas en favor de la industria doméstica). En un escenario como este, los grandes operadores privados (empresas multinacionales) pueden llegar a bloquear, derogar, modificar o promover leyes y medidas internas de forma indirecta si consiguen que un Estado presente una demanda ante la OMC.⁷⁵³

Cabe mencionar que las estrategias multi-nivel no se dan nada más en el ámbito del litigio relacionado con los negocios y las empresas. Como ha reportado Rajagopal, el hecho de que en la era de la globalización el derecho opera en múltiples niveles o escalas, es decir, simultáneamente en los niveles internacional, nacional y local, brinda una mejor oportunidad a los movimientos sociales de emplear el derecho como instrumento de oposición, al poder utilizar los medios jurídicos que proporciona una escala de actuación contra otra.⁷⁵⁴ Para este autor, las fuerzas que combaten los movimientos sociales en sus luchas contrahegemónicas son a menudo producto de una combinación de élites locales y globales, lo que a su vez define un espacio para una política de la resistencia que no es puramente local ni global. Por último, observa que existe un progresivo crecimiento vertical y horizontal de las normas jurídicas internacionales en áreas tales como los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas, el desarrollo sostenible y el medioambiente, y también una proliferación de espacios políticos y judiciales internacionales en los cuales pueden combatirse las decisiones nacionales, lo cual a su vez crea oportunidades políticas para presentar reivindicaciones que obtengan su fuerza de los cambios jurídicos internacionales y del derecho comparado.⁷⁵⁵

⁷⁵³ “Este complejo juego político entre empresas transnacionalizadas y funcionarios/políticos profesionales de la países desarrollados sortea de forma evidente a la ciudadanía. Por ello son tan importantes las cuestiones de participación pública (versus *privada*) en estos procedimientos; para evitar que los Estados operen como meros apoderados (o *proxies*) de los tenedores de capital organizados tras la forma corporativa transnacional.” Zapatero, *op. cit.*, pp. 9-12.

⁷⁵⁴ Rajagopal, Balkrishnan, “Los Límites del derecho en la globalización contrahegemónica: la Corte Suprema de la India y la lucha en el valle de Narmada”, en Sousa y Rodríguez (eds.), *El Derecho y la Globalización desde Abajo, Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, México, 2007, p. 167.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, pp. 167-169.

Muy en la línea de lo que pudimos conocer al examinar el trabajo de Keck y Sikkink en relación con las redes transnacionales de defensa,⁷⁵⁶ Rajagopal explica la manera en que los movimientos domésticos y transnacionales se unen para presionar desde ‘arriba’ y desde ‘abajo’ a las instituciones políticas y a los agentes económicos, y para obligar a los Estados a que cumplan con estándares de derechos humanos. De esta manera:

“Las ONG domésticas, los movimientos sociales y los grupos de oposición nacionales se alían con miembros de redes transnacionales compuestas por ONG, Iglesias, etc., y convencen a actores externos poderosos, como las organizaciones internacionales, las instituciones extranjeras de donantes y otros Estados, para que presionen a los Estados nacionales e intenten que éstos modifiquen su comportamiento violador de normas...”⁷⁵⁷

Por último, ¿qué tanto de lo dicho hasta aquí sobre los mecanismos de adjudicación de la OMC y del TLCAN, se sostiene en relación con el mecanismo de adjudicación internacional en materia de derechos humanos que se ha examinado en el presente trabajo?

Entre las similitudes, está el origen en los tratados (Convención Americana de Derechos Humanos); y la existencia de un órgano que crea derecho de manera autónoma (la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cuyos jueces se encuentran fuera de una estructura constitucional y democrática estatal. Asimismo, está la pretensión de supremacía, tal y como se ha manifestado en la postura internacionalista reseñada en el capítulo VI, admitida por varios tribunales constitucionales de América Latina, y resistida por otros. Entre las diferencias está la designación de los jueces de la CrIDH: éstos no compiten en un mercado de servicios de adjudicación, ni tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a algún cliente. Son designados por los propios Estados, en el seno de la Asamblea General de la OEA, con base en propuestas que presenten los propios Estados miembros de la organización (artículos 52 y 53 de la CADH). Además, en la normativa de la CrIDH existen garantías de independencia y de imparcialidad como se

⁷⁵⁶ *Vid supra*, capítulo IV.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 173.

desprende de los artículos 54 de la CADH (período de 6 años e inamovilidad), 70 (inmunidad diplomática y prohibición de exigirles responsabilidad por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones; 71 (incompatibilidades con otras actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad); 72 (percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Cabe mencionar que estas bases son desarrolladas por el Estatuto de la CrIDH en sus artículos 15 (Inmunidades y Privilegios), 17 (Emolumentos), 18 (Incompatibilidades), 19 (Incompatibilidades, excusas e Inhabilitación) y 20 (Responsabilidades y Régimen Disciplinario);⁷⁵⁸ así como por el Reglamento de la Corte (artículos 15.1 y 20, sobre la publicidad de las audiencias y sobre impedimentos, excusas e inhabilitación, respectivamente).

Otra diferencia importante es que en el caso del derecho creado por la CrIDH, el poder reformador de la Constitución nacional, y los jueces nacionales, sí pueden intervenir para influir el desarrollo de ese derecho creado de manera autónoma. Esto se da por vía de la operación del principio pro homine o pro persona, que deja de lado un criterio rígido de jerarquía, y en su lugar instaura un canon flexible, en virtud del cual se considera que habrá de prevalecer la norma que otorgue a las personas mayor protección, independientemente del órgano del que provenga.

Por último, otra diferencia la encontramos en el sujeto protegido de unos y otros mecanismos. En esencia, el protagonista principal del esquema de la OMC y del TLCAN no es la persona humana en cuanto tal. No lo es, como en el caso del SIDH, el individuo, todas y todos, como portador de una dignidad de la que irradian derechos que oponer frente a los poderosos. El protagonista central del sistema de la OMC y el TLCAN son las empresas y, de manera más específica, las grandes empresas que ejercen actividades de comercio a nivel transnacional.

⁷⁵⁸ Hay que añadir aquí el artículo 24.1 del Estatuto de la CrIDH, que establece la regla general de publicidad de las audiencias.

Y no es que las empresas no merezcan protecciones a sus legítimos intereses. Sin embargo, consideramos que el peso ético asociado a necesidad de proteger la dignidad humana, es mayor en relación con la necesidad de proteger la generación de ganancias por parte de las empresas. Y esto marca una diferencia muy relevante entre la los tribunales arbitrales de la OMC y el TLCAN, por un lado, y la CrIDH por el otro.

6. ¿Son de 'naturaleza constitucional' los regímenes regulatorios internacionales?

Lo anterior nos ha llevado, vale recordar, a criticar la visión que pretende calificar a esquemas como el de la OMC, de 'constitucionales'. En relación con este debate, no considero que pueda darse una transferencia del discurso constitucional de los derechos humanos al ámbito del derecho comercial internacional como lo propone, entre otros, Petersmann. Como ya se indicó, los derechos humanos pertenecen a una raíz y tradición distinta al tipo de derechos contemplados en los acuerdos de la OMC y sus anexos. Se trata, en el caso de los derechos humanos, de una raíz y tradición elaborada a lo largo de siglos, que tiene por base el concepto de dignidad humana como inherente a toda persona. Dicho concepto irradia, por así decirlo, una serie de protecciones jurídicas frente al abuso del poder político (y según tendencias más recientes también del poder privado), así como frente a la opresión proveniente de condiciones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos.

Lo que Petersmann indistintamente denomina 'derechos económicos', 'libertades económicas', en un pretendido 'constitucionalismo del libre comercio', en realidad no forma parte del proyecto de los derechos humanos como trata de hacerlo aparecer el referido autor. Lo que sucede, como sugiere Alston, es que Petersmann toma el discurso de los derechos humanos para defender una agenda liberal de corte hayekano.⁷⁵⁹ Se trata de una operación discursiva que busca arropar una teoría y política económica específicas con el

⁷⁵⁹ Alston, Philip, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 4, 2002, pp. 815-844.

manto y la autoridad moral de la tradición de los derechos humanos como ha sido desarrollada por el constitucionalismo moderno.

En propuestas como la de Petersmann se da una suerte de manipulación semántica, consciente o inconscientemente dirigida a formar una representación mental que haga ver al derecho comercial internacional fundamentalmente asociado a, y como consecuencia natural de, la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos. Como ya argumentamos, en el fondo, se trata de un ejercicio de persuasión destinado a influir normas y valores, que son usadas para evaluar situaciones, personas y actividades e incluso, para legitimarlas.

Esta práctica discursiva enfatiza los valores positivos de la 'libertad' y los 'derechos', con toda la credibilidad y superioridad moral que estos conceptos conllevan, con su alcance universal y naturaleza indivisible, y le asocia a una concepción de política económica particular, presentándolo como en beneficio de todos los individuos de una sociedad. La transposición discursiva de Petersmann busca afirmar que así como los derechos humanos contemplados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todos los individuos, los derechos contemplados en los acuerdos de la OMC también nos protegen a todos. Y todos somos beneficiarios de considerar a estos últimos como de igual naturaleza y características que los primeros.⁷⁶⁰

En suma, no criticamos que las empresas tengan un marco regulatorio internacional al cual recurrir para garantizar un trato no discriminatorio y protección a sus propiedades. Nuestro objeto de crítica es que se pretenda arropar a dicho marco regulatorio con el manto de la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos como lo pretende hacer

⁷⁶⁰ La operación de Petersman parece corresponder a lo que Walker ha denominado, al examinar las críticas que se hacen al constitucionalismo en el contexto de la globalización, la "explotación ideológica" del constitucionalismo: el constitucionalismo cumple un papel ideológico; muchos actores envuelven sus intereses, ideas y aspiraciones en un ropaje constitucional, no por compromiso real con ciertos estándares normativos o valores, sino por la autoridad simbólica que buscan en ellos. Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318-319.

Petersmann. En esta tradición, el sujeto protegido es el ser humano, portador de una dignidad que le es propia y los derechos que de ella derivan; en la tradición del derecho comercial internacional, el sujeto protegido son las empresas y sus (legítimos) intereses económicos y ánimo de generar ganancias.

7. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional mexicano

Como observamos en el capítulo VII, el ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás tratados que forman parte del SIDH. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención⁷⁶¹ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁷⁶²

Hablar de derechos fundamentales previstos en las constituciones nacionales, y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), nos ha llevado a identificar dos regímenes paralelos de derecho positivo, dos esferas jurídico-normativas válidas en sus propios términos, en principio separadas, pero a la vez unidas por diversos puentes. Asimismo, cada una de estas esferas cuenta con órganos de garantía propios, para la interpretación y aplicación de los correspondientes derechos; órganos que además tienen una pretensión de ser autoridad de última instancia en su respectivo ámbito.

Ahora bien, como se recordará, en el capítulo VII reseñamos el debate entre lo que denominamos la postura ‘internacionalista’ y la postura ‘nacionalista’, referido a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en

⁷⁶¹ Artículo 1º de la CADH.

⁷⁶² Artículo 2 de la CADH.

el sistema jurídico doméstico. Por un lado, la postura 'internacionalista' sostiene que al suscribir la CADH, los Estados adoptan la decisión soberana de formar parte de un esquema supranacional de protección de los derechos humanos, y al hacerlo se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; asimismo, los Estados, en ejercicio de su soberanía, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter (es decir, administrativas y judiciales), que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Arts. 1.1 y 2 de la CADH)

Por otro lado, pudimos constatar que en México, a nivel de Tribunales Colegiados de Circuito, ya se puede identificar algunos razonamientos que implican el reconocimiento del deber de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México, así como la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales que realicen la interpretación de esos tratados, convenciones o pactos. A partir de diversas tesis examinadas en el capítulo VIII, para algunos Tribunales Colegiados de Circuito está claro que los tribunales nacionales están obligados a ejercer "el control de convencionalidad" "en sede nacional", respecto de actos de autoridad, lo que implica la adopción en el sistema jurídico interno tanto de las normas como la interpretación de éstas, "lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia." Resulta claro entonces, que la postura internacionalista ha hecho su aparición en el razonamiento de los tribunales federales mexicanos y esto abre una serie de posibilidades de desarrollos interesantes, en particular en relación con el sistema de control constitucional concentrado que históricamente se ha venido conformando en nuestro país (a pesar del texto de la segunda oración del artículo 133 constitucional).

Pero el panorama se complica todavía más si sumamos a la ecuación el hecho de que desde hace algunos años, se puede percibir en México una tendencia

referida a la inclusión de derechos humanos de derecho internacional en las constituciones de las entidades federativas, a la par que se ha venido ampliando y fortaleciendo la justicia constitucional a nivel local. Y esto ha hecho surgir problemáticas específicas que abordamos en el capítulo VIII.

En efecto, la coexistencia del amparo federal con un amparo local, en una situación de derechos fundamentales homologados de manera idéntica en la constitución general y la constitución local, plantea el problema de decidir qué margen han de tener los jueces de amparo locales en la interpretación de dichos derechos. En esta hipótesis, estimamos que una respuesta razonable y moderada consistiría en considerar que el juez de amparo local estaría obligado a aplicar la jurisprudencia definida del Poder Judicial de la Federación.

¿Pero y si la homologación no es idéntica? Es decir, ¿qué pasa cuando la Constitución general y la constitución local, no emplean el mismo lenguaje para establecer el mismo derecho humano?; ¿también se desprende de ahí la obligación de los jueces locales de interpretar el respectivo derecho, en el marco establecido por la jurisprudencia definida de la Suprema Corte en interpretación de ese derecho?; ¿o debe entenderse que la diferencia de lenguaje abre la posibilidad de interpretaciones diferenciadas?; ¿qué tanto podría, en esta última hipótesis, separarse el juez de amparo local, de la interpretación de la Suprema Corte?

Por otro lado, está el aspecto internacional, en el siguiente sentido: si se acepta el argumento de que los tribunales federales, incluida la Suprema Corte, están obligados a interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (en particular la Convención Interamericana en la materia), y a seguir los criterios y estándares de la CrIDH, ¿podrían entonces los jueces locales de amparo con toda legitimidad basarse directamente en los criterios de la CrIDH, en interpretación de derechos humanos previstos, dando preferencia a estos criterios, y dejando de lado los de la Suprema Corte en la medida que ésta se aleje de las interpretaciones de la CrIDH? Esa sería la implicación de lo sostenido por al CrIDH en el caso Almonacid y otros vs Chile, según la cual

los jueces y tribunales internos, todos, debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tarea en la cual dichos tribunales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Con mayor razón, y en cuanto a los derechos humanos previstos en las Constituciones locales que no tienen homólogo en la Constitución General, pero sí en convenciones y tratados internacionales, los jueces de amparo local deberían seguir la interpretación de los órganos con la competencia originaria para hacerlo respecto de dichas convenciones y tratados, en la medida en que esa interpretación exista (así lo ordenan expresamente las constituciones de Veracruz, Tlaxcala y Sinaloa, arriba aludidas). De no ser ese el caso, o bien en la hipótesis de que existan derechos previstos en las constituciones locales pero no en tratados (ni en la constitución general), se abre el camino para el desarrollo original de esos derechos por parte de la justicia constitucional local.

Sin embargo, la situación no deja de acusar una serie de aspectos problemáticos que bien ha identificado Néstor Sagüés, referidos específicamente a aquellos países como México, en los que existen jueces y tribunales que no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el cual se reserva al Poder Judicial de la Federación. En estas circunstancias ¿cómo ha de entenderse el ejercicio del control de convencionalidad?

Al parecer, tarde o temprano esta problemática habrá de llevar a una reforma constitucional que establezca reglas claras de un sistema de control difuso de la convencionalidad y su relación con el sistema de control de constitucionalidad; o bien a diseñar un esquema por el cual los jueces no habilitados para ejercer el control de constitucionalidad puedan elevar el caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad.

Pero independientemente de los problemas técnicos y de articulación que todavía está pendiente discutir y resolver, a partir de los desarrollos que se han venido dando en estados como Veracruz y Tlaxcala, puede afirmarse que al juego interpretativo de los derechos se ha sumado, de manera todavía tímida e incipiente, un nuevo actor: el juez constitucional local.

Por su parte, la postura 'nacionalista' sostiene que la aceptación de la jurisdicción supranacional de la CrIDH dejó a la Suprema Corte en segundo lugar jerárquico, sin haberse hecho una reforma previa de la Constitución que así lo permitiera, contraviniendo con ello el texto mismo del artículo 133 constitucional. Asimismo, observa que una posible condena por parte de la CrIDH a la modificación de la Constitución mexicana,⁷⁶³ provocaría un quebranto al orden jurídico interno pues según el derecho interno, es la CADH la que se debe ajustar a la Constitución y no al revés. Por último, considera que aceptar la subordinación del criterio de la Suprema Corte mexicana encargada de la interpretación de la Constitución, a la Corte Interamericana, supeditando la interpretación constitucional a la convencional, vulneraría la autonomía concedida a la Suprema Corte por el Estado, en uso de su soberanía, y se violaría también el principio de división de poderes. Un tratado internacional no puede modificar una previsión constitucional que establece la competencia de uno de los poderes de la Unión. En consecuencia, no es admisible un pacto internacional que prevea a la jurisdicción internacional como vinculante para el supremo tribunal de la Nación, a quien no se le asignó tal competencia constitucional y por ende, no se encuentra facultado constitucionalmente para ello.

Cabe señalar de nuevo que la postura que aquí hemos denominado 'nacionalista', se apoya en un paradigma tradicional y dominante del derecho constitucional, fundado en el principio de soberanía, el principio de supremacía de la constitución y su posición en el ápice de la jerarquía de normas del orden jurídico interno. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene en sus manos un instrumento de control y modulación del impacto del derecho

⁷⁶³ Como ha sucedido en el caso "Última tentación de Cristo", a raíz del cual Chile modificó su constitución en la que se preveía la 'censura previa'.

internacional en el derecho interno, lo cual corresponde a lo que Fernando Silva García ha llamado la 'preeminencia de efectividad': "...los tribunales constitucionales nacionales son quienes, en último termino, deciden qué efectos concretos tienen en el sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tienen las sentencias regionales sobre derechos humanos."⁷⁶⁴

A partir del debate reseñado, entre las posturas 'internacionalista' y la 'nacionalista', podemos ver que se da una especie de competencia entre los órganos 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.

Así, estamos ante la existencia de un escenario de pluralismo interpretativo (basado no solamente en diferentes fuentes sino en interpretaciones de la misma fuente que compiten entre sí),⁷⁶⁵ lo cual ha llevado a intentos por encontrar modelos y concepciones que induzcan a entrar en una dinámica más de cooperación y diálogo, que de competencia y conflicto.

8. ¿Hacia un modelo dialógico?

En esta línea, encontramos a diversos autores que nos hablan desde una perspectiva descriptiva, pero también prescriptiva, del desarrollo de técnicas de acomodo mutuo entre jurisdicciones supranacionales y nacionales, diseñadas e implementadas para evitar conflicto.

⁷⁶⁴ Silva, *op. cit.*, pp. 704-705.

⁷⁶⁵ Miguel Poiars Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325-370, 2008. Versión estenográfica del simposio revisada en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf> , pp. 7-10.

En este sentido, Neuman ha hablado de ciertas técnicas consistentes en acomodados internacionales a los derechos constitucionales nacionales.⁷⁶⁶ por ejemplo, el uso por parte de tribunales internacionales de la interpretación de una o varias interpretaciones que de las respectivas constituciones nacionales realizan los tribunales domésticos, como una estrategia deliberada para evitar o reducir el conflicto. Igualmente, podemos citar la práctica de algunas jurisdicciones supranacionales de buscar un consenso regional en la interpretación que los tribunales constitucionales hacen de un derecho en particular, como parámetro para elaborar su propia interpretación en sede supranacional.

Por otro lado, Neuman habla también de acomodados de las constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos: por ejemplo, elevar los derechos humanos de fuente internacional como fuente orientadora de la interpretación constitucional (interpretación conforme); o bien, la decisión voluntaria de los tribunales constitucionales nacionales de recurrir a la interpretación internacional de los derechos humanos en la definición de los derechos fundamentales previstos en la constitución nacional. Técnicas que desde hace tiempo ya es posible ver en el horizonte del SIDH.

Pero lo que quisiera resaltar aquí es que es posible identificar una serie de doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones nacionales y supranacionales, que dan importancia a preocupaciones sistémicas. Se trata de doctrinas que bien podrían denominarse 'interjurisdiccionales', que parten de la imagen de un sistema judicial internacional en surgimiento e interconectado, en que las relaciones están normadas por reglas de procedimiento producidas por los propios tribunales implicados en el sistema. Entre esas doctrinas, destacan las relativas al principio de subsidiariedad, el margen de apreciación, la interpretación conforme, y el principio *pro homine*, todas ellas examinadas en el capítulo VIII del presente trabajo.

⁷⁶⁶ Neuman, Gerald L., "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, p.p. 1882 y ss.

Creo que el examen profundo de estas doctrinas abre un campo que permitirá ir construyendo una dinámica de cooperación y diálogo entre las jurisdicciones de los distintos niveles.

9. ¿Pluralismo constitucional?

Por último, 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 refleje 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 aquélla (plano prescriptivo).

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).⁷⁶⁷

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 pudiésemos 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

⁷⁶⁷ Ver Aguiló Regla, Josep, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", *Doxa*, no. 24, 2001, pp. 441 y 450-451.

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 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.⁷⁶⁸

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

“Cuando 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.”⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Kjoer, Anne Lise, “A Common Legal Language in Europe?”, en Hoecke, Mark Van (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, USA, pp. 377-398. En específico la autora centra su atención en el cómo el cambio en el discurso legal puede provocar cambios hacia la convergencia de los sistemas jurídicos nacionales y sus lenguajes en Europa.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 394.

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.⁷⁷⁰

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 dichos esquemas están facultados y han sido capaces

⁷⁷⁰ Lucha similar a la que se dio entre profesores de derecho (con Savigny a la cabeza) y legisladores en la Alemania del siglo XIX. Ver Caenegem, RC Van, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, pp. 51-52. Citado por Greven, Walter van, "Codifying European Private Law", en Hoeck, Mark Van (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 142-143.

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.

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 mucho 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.⁷⁷¹ Como disciplina -afirma este autor- el derecho 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).⁷⁷²

Pero 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,

⁷⁷¹ 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.

⁷⁷² *Ibid.* p. 1105.

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 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.⁷⁷³

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 constituyente 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.⁷⁷⁴

⁷⁷³ Ver 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.

⁷⁷⁴ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93.

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.⁷⁷⁵

Por último, consideramos que el derecho constitucional comparado no debe ya estudiar nada más el derecho constitucional producido por los Estados, sino el material normativo y el discurso constitucional proveniente de instituciones distintas al Estado; así como examinar las interrelaciones entre los diferentes órdenes y niveles del complejo universo jurídico que existe en la actualidad.⁷⁷⁶

El anterior análisis 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: ¿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 multi-nivel, 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.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁷⁷⁶ Interrelación entre los sistemas nacional-nacional, nacional-internacional o supranacional, regímenes internacionales o supranacionales entre sí.

⁷⁷⁷ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 262-264.

Bibliografía

Abbott, K. y Snidal, D., "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, vol. 53, no. 3, Summer, 2000.

Afilalo, Ari, "Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 34, no. 1, 2001.

Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y Gestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

Aguiló Regla, Josep, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", *Doxa*, no. 24, 2001.

Aguirre Anguiano, Salvador, "'Aplicar Justicia en tierra ajena' Dicotomía fundamental entre el Derecho y la Vida. Luis Recasens Siches", Ponencia presentada en el Seminario Internacional

"La protección Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos" Lima, Perú, 19 de abril de 2010.

Ahdieh, Robert B., "Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts", *New York University Law Review*, vol. 79, no. 6, 2004.

Ajan, Gianmaria, "La Circulation de Modèles Juridiques dans le Droit Post-Socialiste", *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 4, Oct.-Dic., 1994.

Alston, Philip, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 4, 2002.

Anderson, Benedict, *Imagined Communities*, Verso, London and New York, 1990.

Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

Annus, Taavi, "Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, 2004.

Appadurai, Arjun, "Soberanía sin territorialidad, Notas para una geografía posnacional", *Nueva Sociedad*, no. 163, Septiembre-October 1999.

Aragón, Manuel, 'El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad', *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2009.

Arai-Takahashi, Yutaka *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Hart Publishing, Reino Unido, 2001.

Arenas Bátiz, Carlos Emilio, "La Codificación de la Justicia Constitucional Estatal", en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas. Memorias de la Cuarta Mesa Redonda*, México, 2008.

Avbelj, Matej y Komárek, Jan, "Four Visions of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325, 2008 revisado en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf> versión estenográfica del simposio.

Azar, Cecilia, "Proyecto ABA/USAID para la Mediación en México", *Reforma Judicial*, 2001.

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*, UNAM, México.

Bahdí, Reem, "Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts", *George Washington International Law Review*, vol. 34, 2002.

Bartelson, Jens, "Three Concepts of Globalization", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.

Beatty, David, *Constitutional Law in Theory and Practice*, University of Toronto Press, 1995.

Becerra Ramírez, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006.

Becerra Ramírez, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, UNAM, México, 2006.

Becerra, Manuel, "La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una Visión desde la perspectiva del Derecho Internacional", en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM/SRE, CRIDH, México, 2009.

- Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, España, 1998.
- Bedjaoui, Mohammed, "The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals", *International Law and Politics*, vol. 28, nos. 1-2, 1995-1996.
- Benvenisti, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *International Law and Politics*, vol. 31, 1999.
- Benvenisti, Eyla, "Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'", *European Journal of International Law*, vol. 5, no. 3, 1994.
- Benvenisti, Eyla, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 1993.
- Benvenisti, Eyla, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 1993.
- Berumen, Sergio, "Los sexenios económicos en México y su inmersión en la globalización", *Proyecciones*, año 1, no. 7, ago-sept 2000, (Publicación electrónica de la División de Administración y Ciencias Sociales de la Rectoría Sur, ITESM), disponible en http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/n7/investigacion/in_sberumen.html
- Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation", *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 3, 2004.
- Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Biaggini, Giovanni, "La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la Epoca de la Globalización?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 7, 2003.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- Bobbio, Norberto, "Contribución a la Teoría del Derecho", Fernando Torres- Editor, S.A., Valencia, 1980.
- Bobbio, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Bogdandy, Armin von, "Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization", en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, Vol. 5, Springer Wien New York, 2003.
- Bogdandy, Armin von, "Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law", *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004.
- Bogdandy, Armin von, "Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006.

Bogdandy, Armin von, "La Ciencia del Derecho Constitucional: Un esbozo basado en un análisis comparado" (Mimeo) Artículo que presenta los resultados de una investigación comparada en Derecho Constitucional publicada en Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (eds), *Ius Publicum Europaeum*, Vol. I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, 2007, Vol. II Offene Staatlichkeit- Wissenschaft vom Verfassungsrecht, 2008.

Bogdandy, Armin von, "Configurar la Relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público", en Bogdandy, Armin von et al., *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010.

Bogdandy, Armin von, *Hacia un Nuevo Derecho Público, Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011.

Bogdandy, Armin von, Dann, P. y Goldmann, M., "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", 9 *German Law Journal* No. 11 (1 November 2008).

Bogdandy, Armin von, "Founding Principles" en Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law* 2nd edition (Hart Publishing: Oxford), 2010.

Bogdandy, Armin von, Dann, P., y Goldmann, M. "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008.

Boughton, James M., "Who's in charge? Ownership and conditionality in IMF-supported programs", en Ranis, Gustav et al., *Globalization and the Nation State, The impact of the IMF and the World Bank*, Routledge, London & New York, 2006.

Bown, Chad P. "Participation in WTO Dispute Settlement: Complaints, Interested Parties, and Free Riders", *The World Bank Economic Review*, vol. 19, no. 2, 2005.

Brison, Susan y Sinnott-Armstrong, Welter "A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation", en Idem, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press, Boulder, 1993.

Búrca, Gráinne de, "Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam", *Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99*, Harvard Law School, 1999.

Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Porrúa, México, 1993.

Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2000.

Carlos Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, IIDH/EJV, Caracas/San José, 1998.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El Valor Jurídico y la Eficacia de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Acuerdo con la Jurisprudencia Mexicana", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Jul-Dic., 2004.

Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 1, 2003.

Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Porrúa, México, 2004.

Cass, Deborah Z., "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *European Journal of International Law*, vol. 12, no. 1, 2001.

Cassese, Antonio, "Modern Constitutions and International Law", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, III, 1985.

Cassirer, Ernst, *La Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, segunda reimpresión, 1981.

Castoriadis, Cornelius, *Los Dominios del Hombre*, GEDISA, España, 2005.

Cavazos, Gabriel y Martínez, Luis, "Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience, Ponencia presentada en el Tulane Latin American Law Institute, New Orleans, Louisiana, Junio 26-28, 2002, p.8, disponible en: http://egade.itesm.mx/investigacion/documentos/documentos/22egade_gabriel.pdf

Chalmers, Douglas, "Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes", *Journal of Law and Society*, vol. 27, no. 1, Marzo, 2001.

Choudhry, Suji, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999.

Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.
Christine Chinkin, "A Hard Look at Soft Law", *American Society of International Law*, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA.

Cleveland, Sarah H., "Our International Constitution", *Yale Journal of International Law*, vol. 31, no. 2006.

Colón-Ríos, Joel y Hevia Martín, "Review Essay- What Makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?", *German Law Journal*, vol. 10, no. 8, 2009.

Corzo Sosa, Edgar, *La Cuestión de Inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

Cossío, José Ramón, "La Teoría constitucional moderna (Lecciones para México)", *Metapolítica*, vol. 4, no. 15, 2000.

Cotterrell, Roger, "Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities", en Harding, Andrew y Örüçü, Esin (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Institute of Advanced Legal Studies, Kluwer Academic Publishers, Reino Unido, 2002.
Cottier, Thomas y Hertig, Maya, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", A. von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003.

Cottier, Thomas y Hertig, Maya, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003.

Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, no. 2, abril 2002.

Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, no. 2, abril 2002.

Cruz Barney, Oscar, "El Control Constitucional de las Resoluciones Antidumping y los Paneles del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009.

Cruz Miramontes, Rodolfo, "Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente MEX.: 94-1904-02", *Revista de Derecho Privado*, año 7, no. 19, ene-abr, 1996.

Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas conexos*, Porrúa, México, 2002.

Cruz Miramontes Rodolfo y Cruz Barney, Oscar "Diez años del Capítulo XIX del TLCAN, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evolución Jurídica: Diez años después*, UNAM, México, 2005.

Daly, Justine, "Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA", *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994.

Dawn Jarmul, Holly, "The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", en *International Law and Politics*, vol. 28, nos. 1-2, 1995-1996.

Delbrück, Jost, "Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 29, 2003.

Denters, Erik, *Law and Policy of IMF Conditionality*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996.

DeShazo, Peter y Vargas Juan Enrique, *Judicial Reform in Latin America*, Policy Papers on the Americas, CSIS Americas Program, Vol. XVII, Study 2, Sept. 2006.

Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, España, 1998.

Díaz, Luis Miguel, "La Intervención Económica como Norma Jurídica: las Cartas de Intención", en IIJ, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Aspectos de la Deuda Externa*, Año V, no. 13, enero-abril 1990.

Dijk, Teun van, "Discurso y Manipulación: Discusión Teórica y algunas aplicaciones", *Revista Signos*, vol. 39, no. 60, 2006, pp. 49-74 (versión On-line ISSN 0718-0934).

Dunoff, Jeffrey L., "Why Constitutionalism Now?, Text, Context and the Historical Contingency of Ideas", *Journal of International Law and International Relations*, vo. 1, nos. 1-2, 2005.

Elías Galaviz, Efrén, *El Cabildo Legislativo y su Regulación*, UNAM, México, 2006.

Erlar, G, *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts* (Verlag Otto Schwartz & Cp. 1956).

Esty, Daniel, "Good Governance at the Supranacional Scale: Globalizing Administrative Law", *The Yale Law Journal*, May 2006, vol. 115, no. 7.

Evans, Meter, "¿El Eclipse del Estado? Reflexiones sobre la Estatalidad en la Epoca de la Globalización", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003.

Fassbender, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998.

Faundez, Julio, "Legal Reform in Developing and Transition Countries", en Van Puymbroeck, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, The World Bank, Washington, D.C., 2000.

Fernández Víctor, Güemes, Ma. Cecilia y Vigil, José Ignacio, "Estado y Desarrollo en los Discursos del Banco Mundial", *Problemas del Desarrollo*, no. 144, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, "El Control de Convencionalidad de la Jurisprudencia Constitucional", en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional et al., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 2, IDEMSA, Lima, 2009.

Fix Zamudio, Héctor, "Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento mexicano, UNAM, México, 1998.

Fix, Zamudio, Héctor, *La creciente Internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*, Memoria 2008, El Colegio Nacional, México, 2008.

Fix Zamudio, Héctor, "La Creciente Internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos", en Bogdandy, Armin von et al., *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010.

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.
Flood, John, "Legal Education, Globalization and The New Imperialism", en Cownie, Fiona, *The Law School-Global Issues, Local Questions*, Ashgate Publishing Co., Reino Unido.

Flores Olea, Víctor y Mariña Flores, Aberlardo, *Crítica de la Globalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Gallo Cobián, Virginia et al., "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008.

Gantz, David, "Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN", en VVAA, *Prácticas desleales del comercio internacional*, UNAM, México, 1995.

Gantz, David, "Resolution of Trade Disputes Under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico", *Law and Policy in International Business*, vol. 29, no. 3, 1998.

Garath, Bryant G., "Rethinking the Process and Criteria for Success" en Van Puymbroek, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, The World Bank, Washington, D.C., 2000.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.

García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

García Ramírez, Sergio, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, UNAM, México.

García Roca, Javier "Criterios para la Aplicación del Margen de Apreciación Nacional en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El Alcance del Escrutinio en el Amparo Europeo", en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 1, IIDC/APDC/IJ(UNAM), IDEMSA, Perú, 2009.

Gessner, Volkmar, "Comparación jurídica y pluralismo jurídico global", en Caballero Juárez, José Antonio et al., *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Globalización y Derecho, Justicia y Profesión Jurídica*, vol. I, UNAM, México, 2010.

Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Editorial, Tercera reimpresión, Madrid, 2004.

Giesze, Craig R., "La Revisión y la Solución de Controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias a la luz del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en Witker, Jorge, (coord.), *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, UNAM, México, 1997.

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

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

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 Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010.

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 Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, UNAM, México, 2010.

González Oropeza, Manuel, "Los Municipios Mexicanos y el Libre Comercio, El Caso de Metalclad", *Suplemento: SCLC/Estudios Jurídicos y Políticos*, no. 4, julio-diciembre, UNACH, Chiapas, 2006.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 8, 2007.

Grossfeld, Bernhard y Hoeltzenbein, Josef, "Globalization and the limits of languages: comparative legal semiotics", *Rechtstheorie*, 35 Band, heft 1, 2004.

Guerrero, Omar, *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*, UAEM y Miguel Angel Porrúa, México, 1999, pp. 20-21.

Gunther F. Handl, "A Hard Look at Soft Law", American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA.

Gustiani, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001.

Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Tecnos, 2002.

Hart, H., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Harten, Gus Van, "Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?", *Arbitration International*, vol. 2, no. 4, 2005.

Haufler, Virginia, "Private Sector International Regimes", en Higgott, Richard *et al* (Co-eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000.

Held, David, *La Democracia y el Orden Global*, Paidós, Barcelona, 1997.

Held, David, ¿Hay que Regular la Globalización? La Reinención de la Política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa, México, 2003.

Held, D. y McGrew, A., *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003.

Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 2a edición, Colombia, 1998.

Hernández Gil, Antonio, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Transformación*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

Hernández Gómez, Fernando, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, no. 18, 1995.

Higgott, R et al. “Globalisation and non-state actors” en Higgott, Richard, *et al.*, *Non-State Actors and authority in the Global System*, Routledge, Londres y Nueva York , 2000.

Higgott, Richard A. et al (coords.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000.

Himsworth, C.M.G., “In a State No Longer: The End of Constitutionalism?”, *Public Law*, 1996.
Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 11, no. 1, 2004.

Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, tomo I. Argentina, 1999.

Howse, R. y Nicolaïdis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far”, en Porter, Roger et al. (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy, The Multilateral Trading System at the Millenium*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2001.

Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, New York, 2002.

Huerta Ochoa, Carla, “Constitución y Diseño Institucional” en Serna, José Ma. y Caballero, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, UNAM, México, 2002.

Hurrelmann, Achim, Liebfried, Stephan, Martens, Kerstin y Mayer, Meter (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007.

Hurrelmann, Achim, Liebfried, Stephan, Martens, Kerstin y Mayer, Meter (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007.

Jakobsen, Susanne, “Transnational environmental groups, media, science and public sentiment(s) in domestic policy-making on climate change”, en Higgott, Richard et al (Co-eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Routledge, Londres, 2000.

Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma (Coords.), *Regulación de flujos financieros internacionales*, UNAM, 2ª. reimpresión, México, 2001.

Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.

Kapur Debes y Naím, Moisés, “The IMF and Democratic Governance”, *Journal of Democracy*, vol. 16, no. 1, Enero, 2005.

Keck, Margaret y Sikkink, Katharyn, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.

Kelsen, Hans, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes, Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 12, julio-diciembre 2009.

Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr., Introduction, en Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.

Kerchove, Michel Van de y Ost, Francois, *El Sistema Jurídico Entre Orden y Desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., "The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems, vol. 68, no. 15, (Summer/Autum, 2005).

Knop, Karen, "Here and There: International Law in Domestic Courts", en *International Law and Politics*, vol. 32, 2000.

Koh, Harold Hongju, "International Legal Process", *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996.

Koh, Harold Hongju, "Transnational Public Law Litigation", *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 98.

Kokkott, Juliane, "From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law", en Starck, Christian (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*, Alemania, 1999.

Korbin, "Back to the future, Neomedievalism and the postmodern digital world economy", en Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey (Co-eds.), *Globalization and Governance*, Routledge, Londres, 1999.

Krasner, Stephen, "Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables", en Krasner, Stephen D., (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, EUA, 1983.

Kumm, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004.

Kumm, Mattias, "The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal*, vol. 11, No. 3, May 2005.

Laski, H.J., *El Liberalismo Europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Laurell, A. "Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America", *International Sociology*, vol. 15, no. 2, 2000.

Laurell, Asa Cristina, "El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS", *Salud Problema*, Nueva Epoca, año. 3, no. 4, junio 1998.

Law, David D., "Globalization and the Future of Constitutional Rights, *Northwest University Law Review*, vol. 102, 2008.

López Ayllón, Sergio, "Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica", *Revista de Derecho Privado*, año 6, no. 18, sept-dic, 1995.

López Ayllón, Sergio, *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997.

López Ayllón, Sergio, "Los Paneles Binacionales del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son Autoridad para efectos del Amparo (Amparo en Revisión Número 280/98)", *Cuestiones Constitucionales*, no. 2, enero-junio, 2000.

Luard, Evan, *International Agencies: The Emerging Framework of Interdependence*, Macmillan, The Royal Institute of International Affairs, Gran Bretaña, 1977.

Malik, Waleed Haider, "El Desarrollo económico y la Reforma Judicial: experiencias internacionales e ideas para América Latina" *Reforma Judicial*, no. 1, 2003.

Martinez, Jenny, "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003.

Marx, Carlos, *El capital. Crítica de la economía política*, Volumen I, 1999; II, 2000 y III, 1959, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

Mathews, Jessica, "Power Shift", *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 1997, p. 50.

Mattei, Ugo y Monti, Alberto, "Comparative Law and Economics", Società Italiana di Economia Pubblica, Università di Pavia, XV Conferenza, 3-4 ottobre, 2003, pp. 3-7.

McCorquodale, Robert y Fairbrother, Richard, "Globalization and Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 21, No. 3, Agosto, 1999; Anderson, Gavin, *Constitutional rights after globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

McGinnis, John y Movsesian, Mark L., "The World Trade Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 114, no. 2, diciembre, 2000.

Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

Messner, Dirk, "La Transformación del Estado y la política en el proceso de la globalización", *Nueva Sociedad*, no. 163, no. 163, Septiembre-Octubre 1999.

Meyer, John, et al., "World Society and the Nation-State", *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No. 1, July 1997.

Michaels, Ralf, "Global Legal Pluralism", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009.

Morrison, Alan B., "Appointments Clause Problems in the Dispute Resolution Provisions of the United States-Canada Free Trade Agreement", *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, 1992.

Neuman, Gerald L., "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003.

Núñez, Manuel, "Una introducción al Constitucionalismo Postmoderno y al Pluralismo Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, no. 1, 2004.

Núñez, Manuel, "Una introducción al Constitucionalismo Postmoderno y al Pluralismo Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, no. 1, 2004.

Ogus, Anthony, "Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, Part 2, 1999.

Orrego, Cristóbal, "La Cultura Jurídica Interna: ¿Hacia el Colapso de la Pirámide?", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, no. 20, 2002.

Ortino, Federico y Ortino Matteo, "Law of the Global Economy: In Need of a New Methodological Approach?", en Picker, Colin et al. (eds.), *International Economic Law, The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing Oxford y Portland, Oregon, 2008.

Ovalle Favela, José, *El Procedimiento Penal Oral en Chihuahua*, UNAM/Gobierno de Chihuahua, México, 2010.

Patiño Manffer, Ruperto, "El Procedimiento de Revisión Judicial establecido en el artículo 1904 del TLCAN", en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, T. II, UNAM, México, 2006.

Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

Pérezcano Díaz, Hugo, "¿Son los páneles binacionales establecidos conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte autoridades para los efectos del juicio de amparo?", *Revista de Derecho Privado*, año 9, no. 27, 1998.

Perry, Amanda, "International Economic Organizations and the Modern Law and Development movement", en Seidman, Ann et al (eds.), *Making Development Work*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Peters, Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, no. 19, 2006.

Peters, Anne, "The Globalization of State Constitutions", en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

Petersmann, Ernst-Ulrich, "National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law", *European Journal of International Law*, vol. 3, no. 1, 1992.

Petersman, E.U., "Constitutionalism and International Organizations", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, no. 2/3, 1997.

Petersmann, Ernst-Ulrich, "Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO 'Linking Principles' for Trade and Competition", *New England Law Review*, vol. 34, 1999.

Petersmann, E.U., "From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for 'Mainstreaming Human Rights' into WTO Law", *Common Market Law Review*, vol. 37, no. 6, 2000.

Petersmann, Ernst-Ulrich, "Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration", *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 3, 2002.

Petersman, "Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets", *37 Loyola of LA Law Review*, 2003.

Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 2, 2003.

Petras, James y Veltmeyer, Henry, *La Globalización desenmascarada*, Miguel Angel Porrúa, México, 2003.

Picciotto, Sol, "Fragmented States and International Rules of Law", *Social and Legal Studies*, vol. 6, no. 2, Junio 1997.

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.

Pierre Marie Dupuy, "A Hard Look at Soft Law", American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, April 20-23, 1988, Washington, D.C., USA.

Pinto, Mónica, "El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, CELS, Buenos Aires, 2004.

Pisarello, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del Cosmopolitanismo Jurídico", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003.

Pisarello, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del Cosmopolitanismo Jurídico", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003.

Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey (Co-eds.), *Globalization and Governance*, Routledge, Londres, 1999.

Rábago Dorbecker, Miguel, *El Régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?*, en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho Comparado Asia –México*, UNAM, México, 2007.

Reimann, Mathias, "Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age", *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001,¹
Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008.

Rivera, Julio César y Legarre, Santiago, "Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina", *Lecciones y Ensayos*, no. 86, 2009.

Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.

Rubinfeld, Jed, "Unilateralism and Constitutionalism", *New York University Law Review*, vol. 79, no. 6, 2004, p. 2011.

Ruipérez, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la Globalización*, UNAM, México, 2005.

Ruiz Massieu, José Francisco, "La Rectoría del Estado y las Nuevas Bases Constitucionales del Derecho Administrativo Mexicano", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1985.

Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Suprema y el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad en Argentina", *Ius et Praxis*, Año 4, No. 1, Chile, 1998.

Sagüés, Néstor Pedro, "La Eficacia vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina", *Estudios Constitucionales*, Año 4, no. 1, Chile, 2006.

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?*, Tomo II, UNAM, México, 2010.

Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 2006.

Sánchez González, José Juan, *Gestión Pública y Governance*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, segunda edición, Toluca, 2006.

Sassen, Saskia, "Territory and Territoriality in the Global Economy", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.

Saunders, Cheryl, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13, no. 1, 2006.

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

Schneiderman, David, "Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, no. 4, otoño, 2000.

Schneiderman, David, "Investment Rules and The Rule of Law", *Constellations*, vol. 8, no. 4, 2001.

Schneiderman, David, "Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 2, april, 2006.

Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Seidman, Ann, Seidman, Robert y Wälde, Thomas, "Building Sound National Legal Frameworks for Development and Social Change, en Seidman, Ann *et al.*, *Making Development Work, Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

Sepúlveda Amor, Bernardo, "International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997.

Serna, José Ma., "El Régimen Constitucional de la Propiedad en México", en Serna J.M (coord.), *Derecho Comparado Asia-México*, UNAM, México, 2007.

Serna de la Garza, José Ma., "Globalización y Derecho Constitucional Comparado", en VVAA *La Justicia Constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, IJ-UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Serna de la Garza, José Ma., "Reflexiones en torno al concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico", en Díaz Müller, Luis (coord.), *Memorias del Seminario*

Permanente de Derechos Humanos. V Jornadas, Crisis y Derechos Humanos, UNAM, México, 2010.

Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, UNAM, México, 2010.

Shaffer, Gregory C., *Defending Interests, Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2003.

Shihata, I.F.I., *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*, The World Bank, Washington D.C., 1991.

Silva García, Fernando, "Hacia un Diálogo Jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales", en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, UNAM, México, 2009.

Silva, Jorge Alberto, "Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La Regulación de las Relaciones Comerciales Internacionales", en Silva, Jorge A. (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, UNAM, México, 2006.

Silva, José Afonso da, *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*, Malheiros Editores, Brasil, 2009.

Slaughter, Anne-Marie, "Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

Slaughter, Anne-Marie, "The Real New World Order", *Foreign Affairs*, vol. 76, no. 5, 1997.

Slaughter, Anne Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.

Slyz, George, "International Law in National Courts", en Franck, Thomas y Fox, Gregory (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

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, parte 3, julio, 1983.

Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, España, 2007.

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

Stewart, Richard, "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005.

Stiglitz, Joseph E., *El Malestar con la Globalización*, Taurus, México, 2006

Strazzeri, Joseph A., "A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, UNAM, México, 1986.

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.

Teubner, Gunther, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?", en Georges, Christian, Sand Inger-Johanne y Teubner, Gunther (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.

- Theobald, Christian, "The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics", *Law and State*, Volume 59/60, 1999.
- Therborn, Göran, "Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.
- Tomuschat, C. 'Obligations Arising for States Without or Against their Will', *Recueil des Cours*, 1993.
- Toro Huerta, Mauricio Iván del, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 112, Enero-Abril 2005.
- Toro Huerta, Mauricio Iván del, "El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano", en Becerra Ramírez, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México, 2007.
- Trubek, D., Cottrell, P., y Nance, M., "'Soft Law', 'Hard Law', and European Integration: Toward a Theory of Hybridity", Jean Monnet Working Paper 02/05, Jean Monnet Program, NYU School of Law, New York, 2005.
- Tushnet, Mark, "The Inevitable Globalization of Constitutional Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, no. 4, 2009.
- Twining, William, *Derecho y Globalización*, Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2003.
- Valadés, Diego, "Los límites del constitucionalismo local", *Constitución y Política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexico, 1987.
- Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, no. 1, 2006.
- Vega, Pedro de, "Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2003.
- Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002.
- Walker, Neil, "Taking Constitutionalism Beyond the State", *Political Studies*, vol. 56, 2008.
- Wallerstein, Emmanuel, *Análisis de Sistemas-Mundo, Una introducción*, Ed. Siglo XXI, México, 2006.
- Walter, Christian, "International Law in a Process of Constitutionalization", en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.
- Wet, Erika de, "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006;
- Wet, Erika de, "The International Constitutional Order", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 55, part 1, January 2006.
- Witker, Jorge, (coord.), *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, UNAM, México, 1997.
- Witte, Jan Martin et al., "Beyond Multilateralism: Global Public Policy Networks", *Politik und Gesellschaft*, No. 2, 2000.

World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2004.

Young, Ernest, "The Trouble with Global Constitutionalism", *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003.

Young, Ernest A., "Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System", *Duke Law Journal*, vol. 54, no.5, 2005.

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.

Zapatero, Pablo, "Participación Pública y Privada en los Litigios de la OMC", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 16, 2008.