

NOTAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN EPISTEMOLÓGICA DE *LO CONSTITUCIONAL* EN LA GLOBALIZACIÓN

Enrique URIBE ARZATE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lo constitucional en el derecho*. III. *Lo constitucional fenoménico*. IV. *Lo constitucional proceso*. V. *Lo constitucional global*. VI. *Una concepción posible*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que la globalización ha tocado todos los aspectos de nuestra vida.

En el ámbito del derecho, el asunto no es menos perceptible, pues ahora los Tribunales de corte metaestatal, inciden decisivamente en el sentido que se aplican las leyes y se toman decisiones al interior del Estado. Más aún, cuando el alegato es a favor de la protección y garantía de los derechos humanos, resulta poco probable que el Estado resista la fuerza y el influjo del accionar de los órganos jurisdiccionales de tipo regional o transnacional¹.

El *estado de la cuestión* en este tópico, evidencia la configuración de muchos conceptos jurídicos y novedosos principios e ideas que van desde la discusión de temas esenciales como soberanía, la cosa juzgada, la supremacía constitucional, hasta asuntos más polémicos como la casi nula importancia de las fronteras, cuando de proteger derechos humanos se trata.

* Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

¹ Es incontestable la repercusión que tienen al interior del Estado, las resoluciones de las Cortes Internacionales cuando se acepta la jurisdicción de éstas. En el caso mexicano, es suficiente con revisar el “Caso Radilla”, para corroborar esta afirmación. En este asunto citado en vía de ejemplo, México ha tenido que introducir reformas a diversos ordenamientos legales, debido a los términos en que fue emitida la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, es común ahora escuchar en las reuniones de especialistas una justificada preocupación por el derrotero que habrán de tomar los asuntos del Estado en este nuevo escenario mundial y regional, donde la globalización ha echado raíces y las cuestiones concernientes al ejercicio del poder público, parecen escapar del control antes absoluto de la *potestas* del Estado.

Al margen y más allá de los acuerdos cupulares que sin duda repercuten en las políticas adoptadas por los Estados, *vgr.*, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc., el tema que nos interesa exponer en estas líneas, toma en cuenta la *praxis* del poder del Estado, pero con un enfoque particular al modo en que son utilizados conceptos fundamentales que permiten al Estado ejercer sus atribuciones, sin dejar de cumplir con sus obligaciones internacionales.

Las preguntas que circundan esta preocupación son del tenor siguiente: ¿qué es hoy la soberanía?; ¿cuál es el enfoque actual sobre la supremacía constitucional?; ¿podemos seguir discutiendo el tema de la jerarquía normativa?; ¿qué significado pleno y qué alcances tiene y tendrá en los años por venir, lo que se ha dado en llamar el control de convencionalidad?

En la raíz de toda esta cauda de preocupaciones, se sitúa la necesidad de delimitar la dimensión de *lo constitucional*, pues resulta incontestable que si no tenemos debidamente asido este concepto, no podremos dilucidar lo que nos espera en los meses y años por venir. Sólo por referirnos a lo que aquí hemos preguntado, el concepto de soberanía es hoy uno de los menos cuidados, no obstante su relevancia y pertinencia en el escenario actual; por su parte, los principios ortodoxos de la teoría constitucional, como la idea de supremacía, se tambalean ante la oleada de alegatos -a veces irreflexivos- sobre la preeminencia de los tratados internacionales².

Tampoco nos hemos preguntado si todavía es atendible la tesis de la jerarquía normativa, a pesar de la obligación primigenia que tenemos de estudiar cuáles son los alcances de los tratados internacionales y la naturaleza misma del orden normativo interno, donde hay “constituciones” y “Estados libres y soberanos”. En fin, ahora nuestros preocupados jueces locales ya ni siquiera miran la Constitución, pues de inmediato, el consabido control de convencionalidad, les impulsa a consultar cuanto tratado internacional tienen a su alcance, para saber si sus determinaciones no violan algún escudrizado artículo de corte internacional.

² El asunto no puede ser más esencial: La Constitución del Estado es la máxima referencia jurídica del propio Estado; los tratados internacionales forman parte del *universum iuris* y, en ese entendido, ocupan un lugar secundario, por la sencilla razón de que deben estar de acuerdo con la propia Carta Magna. Concebir la existencia de tratados internacionales, al margen o en contra de la Constitución, es simplemente absurdo.

Son éstas, las grandes interrogantes que vertebran la preocupación central de nuestro trabajo, donde intentaremos trazar las líneas que definen *lo constitucional*, de la mano con el esfuerzo más amplio por delimitar los alcances de lo constitucional, en medio de tantos fenómenos de tan alta complejidad.

II. LO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO

Resulta evidente que todo lo que concierne al ámbito de lo constitucional, está anudado al concepto de derecho, pues en este campo encuentra su natural asiento. Sin embargo, las referencias que hace poco tiempo nos indicaban lo constitucional como expresión natural de la Constitución del Estado y por ende, del Derecho del Estado, hoy en día son insuficientes para definir y delimitar todo aquello que tiene *naturaleza constitucional*.

De modo tal que un asunto que a primera vista es intrascendente y hasta baladí, se ha convertido en todo un reto intelectual para los juristas, habida cuenta del uso cada vez más extendido y variado que de *lo constitucional* se hace, lo mismo para definir una disciplina que para invocar preceptos útiles en la protección de los derechos humanos.

Lo cierto es que este asunto nos debe ocupar, en el ánimo de realizar una construcción epistemológica que sea capaz de dar respuesta a nuestras múltiples preguntas. Para guiar nuestro estudio en esta parte, basta con preguntarnos si lo constitucional es patrimonio exclusivo y excluyente de los juristas; *id. est.*, si *lo constitucional* solamente es aprehensible en el campo del derecho. De ser así, tenemos pendiente una reflexión muy interesante sobre la definición y delimitación de los contornos que en la ciencia jurídica tiene lo constitucional. Nos parece que el debate puesto en este plano, ofrece muy poca viabilidad y certidumbre. Nuestra búsqueda tiene que iniciar en la definición de lo jurídico-constitucional, para estar en aptitud de señalar si sólo a este campo pertenece dicha expresión (lo constitucional).

Decimos así que nuestra aproximación inmediata nos sitúa en la doble proyección que el término derecho tiene; por un lado, el *derecho – objeto* que falazmente se enseña y aprende en nuestras universidades y en la típica tradición iuspositivista y formalista, diciendo que se trata de las *normas jurídicas* que regulan a una sociedad.

Posteriores exploraciones nos llevan al intento por definir *qué es lo jurídico* para poder hacer el ejercicio metodológico de regresión y corroboración de los resultados. El hallazgo no puede ser más desalentador. En ningún diccionario se define lo jurídico y, por tanto, no estamos en posibilidad de saber

qué es lo jurídico-constitucional. El final de esta exploración se atasca en la pobre concepción paleopositivista que mira lo constitucional en la Constitución (escrita³) del Estado.

Desde este promontorio, lo constitucional entonces, es igual a “lo constitucional en la Constitución del Estado”.

El otro aspecto del término derecho, ni siquiera necesita ser revisado, pues según nuestro entender, las categorías que son útiles para definir la cientificidad de este campo del conocimiento, están fuera de debate. Lejos ha quedado la miope aseveración sobre el carácter acientífico del derecho⁴.

Sin embargo, queda latente el riesgo de la no completitud de nuestra ciencia, ante la tenue definición de su objeto de estudio.

¿Qué es lo jurídico? y ¿qué estudia la ciencia jurídica?; ¿qué es lo jurídico-constitucional (en el derecho)? y ¿qué estudia el derecho constitucional?

No encontramos aún las respuestas terminantes y posiblemente no se puedan hallar.

Sólo nos queda hacer un intento por “aprisionar” lo jurídico y *lo constitucional*, a efecto de contar con los elementos mínimos para su estudio. Nos vamos a servir para esto de un ejercicio de exploración sobre lo que se dice del derecho (visión *ex lege lata*) y que el derecho debe ser (visión *de lege ferenda*).

Con estas referencias, podemos decir que *lo constitucional* se empieza a configurar tomando en consideración otros modos de operar el derecho y otras maneras que hasta hace poco tiempo no se admitían como fuente o causa de lo constitucional.

Así las cosas, el Estado legislativo –como lo denomina Ferrajoli⁵–, ha comenzado a virar hacia la incorporación de otros modos de expresión constitucional, más allá de las primigenias exigencias de tipo paleopositivista.

Por estas razones, es posible afirmar que *lo constitucional escrito*, debe ser complementado con *lo constitucional consuetudinario* que también alimenta los procesos de transformación e incorporación de nuevos y recientes asuntos o temas constitucionales. Nos parece que esta visión más abierta, dará al derecho constitucional mayor solidez y consistencia.

En todo caso, el reto epistemológico que aquí se plantea, consiste en definir cuáles serán las notas distintivas que cualquier práctica jurídica (basada

³ Desde esta ruta metodológica, poco podemos decir sobre las constituciones no escritas, porque aquí lo jurídico se torna aún más volátil

⁴ Recordamos la reiterada cita de Von Kirchmann quien dijo: “*Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura*”. Es evidente que los parámetros que sirven para medir la cientificidad de las ciencias duras, son distintos a los que miden el derecho

⁵ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Trotta, Madrid, 2006

en la costumbre), deberá satisfacer para ser considerada como *algo* constitucional. Evidentemente, lo que aquí esbozamos supera y desborda la típica visión del formalismo y de sus modos de operación y creación del derecho en general y del derecho constitucional concreto. A partir de lo que estamos señalando, ya no es la norma escrita, ya no es la Constitución formal y solemne, lo que en términos absolutos y excluyentes, hace posible la aparición de asuntos de *naturaleza* constitucional. En este sentido, tampoco podemos admitir la exclusividad del proceso de reforma constitucional como la vía idónea y normal en la generación de lo constitucional. Una y otra de estas maneras de concebir y producir lo constitucional, han sido superadas: La norma escrita por sus naturales limitaciones frente a los fenómenos que cada día avanzan y se despliegan, a pesar de que la Constitución escrita, prevea o no tales desarrollos; el proceso de reforma constitucional, igualmente ha sido desbordado, por su rigidez y ante la ausencia de procesos ágiles y dinámicos que hagan posible la pronta absorción de los nuevos tópicos de *naturaleza* constitucional. *Vgr*; migración, datos personales, identidad, cultura, desarrollo, agua, sustentabilidad, etc.

Luego entonces, el reto se sitúa en la definición de lo constitucional tanto en el derecho escrito como en el derecho consuetudinario. Un asunto de tratamiento simultáneo, tiene que ver con los modos de operación de los procesos que den viabilidad a la incorporación de lo constitucional reciente, al seno de la propia Constitución. Este es el reto epistemológico.

Pero el desafío que hemos planteado, todavía se alimenta de otra problemática como la que se puede advertir en la tendencia inercial de aprehender lo constitucional en un *corpus* y hacer su lectura a partir de lo que el lenguaje jurídico es capaz de expresar; o más bien, a partir de lo que sus limitaciones inherentes, no pueden mostrarnos. Dos preguntas pueden orientar y dar mayor concreción a esto; ¿qué tanto puede decirnos el lenguaje jurídico sobre *lo constitucional*?; ¿qué tanto de *lo constitucional* puede contener una Constitución escrita? Las respuestas tienen que buscarse en una concepción distinta de las vías de aproximación que hasta hoy siguen predominando en los modos de construir el derecho.

En este orden de ideas, a la complejidad que representa lo que hasta ahora hemos anotado, debemos agregar la discusión acerca de la visión dogmática que concibe lo constitucional en una relación simbiótica e inextricable con el Estado. Podemos preguntarnos entonces, ¿se agota lo constitucional en la Constitución el Estado?; ¿la Constitución del Estado es capaz de contener en su articulado, todo lo constitucional? Una respuesta ortodoxa nos indica que la Constitución es límite y prescripción de todo aquello

que es esencial a la organización jurídico-política de los seres humanos. Sin embargo, la sociedad siempre está en movimiento; evoluciona, o al menos, se modifica. *Vgr.*, las reglas jurídicas del matrimonio, han tenido que admitir la regulación normativa de las uniones entre homosexuales; y todo ello, ha traído consigo importantes cambios en la percepción jurídica de la herencia, el testamento, el régimen de pensiones, etc. El derecho, lo jurídico, lo constitucional, no pueden estar desconectados de la dinámica social. Por eso, nuestra inquietud nos ha llevado a sostener que la Constitución escrita permite hacer una lectura, una aproximación inicial a lo constitucional, pero ni lejanamente abarca sus múltiples manifestaciones.

En nuestra visión, la Constitución escrita es similar a la superficie del lago; el agua que vemos, es una pequeña parte de la totalidad de agua que hay debajo de la superficie. Más allá de lo que vemos, hay un contenido que supera nuestra percepción inicial sobre lo que significa un lago; el lago es mucho más que la superficie que nuestros ojos pueden mirar. La Constitución es mucho más que las letras que el lenguaje jurídico nos puede mostrar.

Lo constitucional escrito o no, es aprehensible en esta aproximación epistemológica, sólo si se le mira como fenómeno. Lo constitucional *fenoménico* puede ser nuestra respuesta.

Por otra parte, lo constitucional codificado ha sido otra de nuestras directrices, ciertamente limitadas, pues la lectura de los asuntos de tal naturaleza, debe buscarse también en otros *corpus* -distintos a la Constitución- que por sus “contenidos”, puedan ser identificados en el mismo nicho de lo constitucional. Sin lugar a dudas, este otro aspecto de lo que nos ocupa, ha generado y sigue alimentando, un debate de altos vuelos que va, desde la dificultad en la definición de lo constitucional más allá del *corpus* constitucional, pasando por la discusión sobre la jerarquía normativa en la relación que se da entre la Constitución y otros ordenamientos de naturaleza constitucional, hasta otros temas de gran repercusión como la vigencia del principio de supremacía constitucional o la soberanía, por sólo citar los más representativos.

Según nuestra perspectiva, para el caso de que al lado de la Constitución podamos identificar otros *corpus* de similar naturaleza, nos parece que la discusión sobre la primacía formal de la Carta Magna y todo lo que se alega en la intención por saber si la Constitución está al mismo nivel de los tratados internacionales, o no, carece de sentido.

Luego entonces, de acuerdo con nuestra perspectiva, existen tres grandes bloques de conocimiento jurídico que nos pueden acercar a la respuesta que buscamos; a saber:

- A. Lo constitucional - *lenguaje* (signo) y lo constitucional - *fáctico* (hecho)⁶. Esto nos aproxima a la concepción de lo constitucional *fenoménico*.
- B. Lo constitucional *codificado* o lo constitucional *no codificado* (positivizado). Significa que “lo constitucional” es *proceso*.
- C. Lo constitucional *en una Constitución* o lo constitucional *más allá (fuera) de la Constitución*. Los asuntos concernientes a lo constitucional parecen apuntar a la dimensión de lo constitucional *global*; ergo, lo constitucional es un asunto de la humanidad.

Con estos breves apuntamientos, vamos a iniciar nuestras reflexiones.

III. LO CONSTITUCIONAL *FENOMÉNICO*

Lo constitucional escrito y lo constitucional consuetudinario = Lo constitucional *fenoménico*.

Las dos grandes tradiciones jurídicas ponen en evidencia dos formas distintas de crear y reconocer el derecho. La tradición del derecho escrito pone especial énfasis en el quehacer del legislador⁷; la tradición del derecho común, sienta la generación del derecho en la costumbre y las decisiones de los jueces⁸.

Lo constitucional tiene por consiguiente dos vías de expresión: El derecho que el Estado es capaz de poner en el ámbito de su *norma normarum*, normalmente a través del proceso de reforma constitucional y, por otro lado, *lo constitucional* que el sistema del *common law*, puede reconocer en lo más relevante de las decisiones de los jueces⁹.

En el caso de países como México, en la amplia zona de las reflexiones recientes acerca del derecho y la forma de configuración de lo que conocemos con esta denominación, cada vez cobran más fuerza las manifestaciones que tienen lugar al margen del derecho legislado. Aun cuando éste suele reconocer la importancia de tales modos de expresión humana, o cierto es

⁶ González Navarro, Francisco, *Lo fáctico y lo signico: una introducción a la semiótica jurídica*, Eunsa, Navarra, 1995

⁷ Para mayores referencias, puede verse la obra de Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, FCE, México, 1989

⁸ Una lectura más completa en Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1993

⁹ En Estados Unidos, por ejemplo, salvo el caso de las enmiendas, lo constitucional se visualiza en lo esencial que está contenido en las grandes sentencias de sus Tribunales. Para mayor referencia, puede verse Phelps, Glenn A. y Poirier, Robert A. *Demandas Constitucionales Permanentes*, Ediciones Prisma, México, 1988.

que existe una invisible -pero también infranqueable- barrera, entre el derecho que ha producido el Estado y aquél que ha nacido a la vida jurídica de la práctica, usos y/o costumbres de ciertos grupos étnicos u originarios que viven en el Estado. Poco podemos agregar a los abundantes estudios que hay sobre el particular¹⁰.

Para los efectos de nuestro estudio, la reflexión se sitúa en la pertinencia de identificar en qué momento y bajo qué condiciones una práctica consuetudinaria puede ser considerada como algo constitucional.

Para tal efecto, podemos tomar como referente la idea del núcleo constitucional como la zona esencial de lo constitucional, esté escrito o no.

El núcleo constitucional se configura con las decisiones políticas fundamentales referidas a la forma de relacionar la vida de los habitantes con la convivencia social, visible en la forma que el gobierno de una sociedad determinada adopta. Dicho en términos corrientes, el núcleo constitucional toma en consideración el poder del Estado (el poder público de las instituciones) y los derechos inescindibles a la condición humana (derechos humanos y/o fundamentales según la aproximación teórica al Estado). Son estas dos categorías las que influyen de manera decisiva, la definición acerca de lo que en el Estado (una sociedad determinada) puede y debe ser considerado “constitucional”. Baste un ejemplo para reforzar nuestro argumento: en la sociedad de la antigua Roma, la esclavitud era una institución que el derecho aceptaba y reconocía, de manera tal que el *paterfamilias* se asumía como dueño de la vida y bienes de su esclavo. Cuando la sociedad evolucionó, la esclavitud tuvo que ser abolida; todavía en el caso de México este asunto se definió hasta el siglo XIX. El fenómeno de la esclavitud fue proscrito por la ley, y por tratarse de un asunto del núcleo constitucional, los ordenamientos constitucionales recogieron su antítesis (la libertad) como un derecho humano. Así se configuró el fenómeno de la libertad como *algo* constitucional.

Según nuestra perspectiva, lo constitucional -legislado o no- aparece a la vida jurídica, en el momento que la sociedad estima que ciertos fenómenos (conductas o situaciones fácticas), deben ser engarzados en lo más alto de la valoración social. Desde luego, ambas expresiones (legislativa y consuetudinaria), pasan por un proceso de conversión y asimilación que permite a la sociedad y a los órganos de su gobierno, considerar que las referidas conductas y/o situaciones fácticas, forman parte del núcleo constitucional.

¿Cuáles son esas manifestaciones fenoménicas actuales que ameritan ser consideradas como *algo* constitucional?

¹⁰ Cfr. González Galván, Jorge Alberto, Derecho Indígena, UNAM, México, 1997

Un ejercicio de exploración nos lleva a señalar que las manifestaciones humanas e incluso otras provenientes de la naturaleza (y que inciden en la dimensión humana), son las que el derecho toma en consideración para ser incluidas en el concepto de lo constitucional. De este modo, la sociedad se encarga de valorar el grado de incidencia de tales cuestiones en esta zona “humana” del *núcleo constitucional* y es así como el derecho constitucional se enriquece con fenómenos de naturaleza constitucional que el área especializada del derecho comienza a incluir en su lenguaje¹¹.

Esto significa que el lenguaje jurídico y de manera más concisa el lenguaje jurídico-constitucional, moldea sus expresiones y nombra con ciertas palabras estos fenómenos y, de algún modo sus resonancias, a grado tal que lo constitucional-lenguaje es una de las primeras manifestaciones que preforman lo constitucional, por supuesto aun antes de que a cualquier legislador se le venga a la cabeza la extraordinaria idea de “subir” al plano constitucional, tal o cual asunto.

Pero no sólo el lenguaje sella su impronta en esta cuestión. Más bien, el lenguaje es la vía de expresión de los fenómenos que tienen que ser nombrados con este lenguaje especializado, para ser considerados en el ámbito de *lo constitucional*.

Veamos un ejemplo.

¿A quién le importaban los derechos de los migrantes hace algunos años? A muy pocos. Fue hasta el momento en que el fenómeno de la migración empezó a interesar a los estudiosos y a las organizaciones abocadas a su defensa, cuando el derecho constitucional empezó a tratar en su ámbito de conocimiento estos derechos. Ahora el lenguaje constitucional en este campo es altamente especializado, pues ya se puede hablar incluso de los derechos de los “trabajadores migrantes menores de edad”, lo mismo que de los derechos de “las mujeres migrantes en la frontera”.

El fenómeno franco de migración que va del norte de África a Europa o de Centroamérica a los Estados Unidos, ha merecido la atención del derecho constitucional y, además, las categorías jurídico procesales (todavía embrionarias) para la defensa de estos derechos, serán sin duda, centro de atención de nuestro *derecho constitucional transnacional* o de nuestro *derecho procesal constitucional internacional*.

¹¹ La importancia del lenguaje adquiere en esta temática una importancia cardinal. Sólo para ilustrar mejor lo concerniente a este campo, sugerimos al lector la consulta de Levinson, S. C. y D. P. Wilkins *Grammars of space. Explorations in cognitive diversity*, Cambridge University Press. 2006

Así las cosas, los derechos humanos en general, gozan ya de este tratamiento, aun cuando también su promoción y defensa, sean también temas de interés para el llamado *derecho internacional de los derechos humanos*.

Ahora bien, conectado con esta asunto, ¿cuál será el futuro del concepto de nacionalidad, ahora que la migración se ha apoderado de grandes espacios donde ya no es posible aplicar de manera indiscriminada este concepto? Ahora no lo sabemos, pero con toda certeza podemos aseverar que en pocos años la nacionalidad sufrirá una modificación radical, debido a la oleada de migrantes –y la penetración de sus costumbres- que van ganando terreno a la ficción de las fronteras y las “razas”.

En cualquier otro tópico el planteamiento puede ser similar. Lo mismo si se trata de derechos humanos que de los modos de organizar y ejercer el poder, el proceso de constitucionalización -entendido éste como el interés del derecho constitucional en su tratamiento- de múltiples fenómenos, parece ser el sino de nuestro tiempo. Otro ejemplo, sirve para ilustrar nuestra afirmación: Hoy, se habla mucho y en todos lados, de la democracia. Nos parece que poco se puede decir en contra de este mecanismo de elección de quienes gobiernan. Una visión prospectiva fácilmente nos puede anunciar que la democracia internacional o dicho en mejores términos, la *democracia constitucional internacional*, será en breve un asunto constitucional.

Esta es una aproximación a lo *constitucional fenoménico*. En el momento que un fenómeno cualquiera roza la esencia humana o toca cuestiones atinentes al poder que se ejerce sobre los hombres, lo constitucional empieza a tomar forma.

IV. LO CONSTITUCIONAL PROCESO

Además de su dimensión fenoménica, *lo constitucional* tiene otras manifestaciones. La más cercana a todos los habitantes es su redacción en un texto. De este modo, la Constitución es la referencia más simple y la más citada, lo mismo para el especialista que para el lego. La Constitución se aparece así como *la expresión y medida de lo constitucional*.

Sin embargo, esta idea de lo constitucional codificado, resulta insuficiente o al menos inoperante, en el mundo cambiante y complejo que hoy vivimos. La Constitución escrita (la Constitución código), es incapaz de contener en su articulado limitado y finito, toda la complejidad social y toda la dinámica que el Estado debe operar, de cara a la sociedad cada día más demandante. Tal vez por eso, en el caso de los Estados con constituciones

rígidas, las interminables reformas constitucionales son un asunto permanente¹².

Esta manera de operar lo constitucional desde la introducción de cambios a la redacción de los artículos constitucionales, entraña una limitada concepción no sólo sobre los derechos humanos y la *praxis* del Estado, sino además y tal vez de manera preponderante, acerca de la visión teórica concerniente a *lo constitucional*.

Es evidente que ni los “derechos humanos de papel”¹³ ni las atribuciones del poder público de tipo declarativo, tienen posibilidad de materializarse sólo desde su inclusión en la Constitución escrita. Lo constitucional desde este promontorio, es algo más que la *Constitución-código*; lo constitucional, está escrito en el texto de la Carta Magna, pero también lo constitucional debe ser tomado de los procesos de tipo consuetudinario que acontecen al margen del formalismo y la rigidez del texto escrito. Esta aproximación a un contexto dinámico de formación y adopción de *lo constitucional*, implica la reconstrucción de los “modos de apropiación” que el Estado puede (y debe operar) más allá del simple proceso de reforma constitucional, de suyo superado, limitado y anacrónico.

De lo antes señalado, destacan dos cuestiones de idéntica relevancia científica; a saber: El proceso de configuración de *lo constitucional*, distinto al proceso de reforma constitucional y, la necesidad de reconocer la existencia y la urgencia por contar con procesos (si se puede diversificados y ágiles) de incorporación de lo *constitucional-consuetudinario*, a la Constitución del Estado.

En cuanto a lo primero, muy útil resulta concebir a lo constitucional como un proceso en permanente configuración; *id. est.*, *lo constitucional codificado*, es la mínima expresión de *lo constitucional* que se puede advertir en la sociedad compleja de nuestro tiempo. Hay otras manifestaciones que no están en el “código” y que muchas veces ni siquiera aspiran a ser incluidas

¹² México rebasa las 500 reformas y los temas que afloran constantemente, hacen necesario plantear de inmediato la reforma constitucional, como si de la inclusión de los tópicos en cuestión dependiera su acatamiento o su consecución. Lamentablemente no es así. En 2011 se incluyó a los derechos humanos en el lenguaje jurídico del artículo primero de la Carta Magna y la violación de los referidos derechos, sigue siendo la asignatura pendiente del Estado mexicano.

¹³ Nos hemos atrevido a llamar “derechos de papel”, a los derechos humanos incluso incorporados al texto constitucional, pues su sola inclusión en un texto de tal significado, no garantiza su disfrute. El lector puede consultar de nuestra autoría, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho constitucional*, IIJ, UNAM, México, 2010. También verse Tuzet, Giovanni, “Una concepción pragmatista de los derechos”, en *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, número 39, ITAM, México, 2013

en el *corpus* de la Constitución escrita, pues su configuración y sus modos de operación no requieren esta vía. A manera de ejemplo podemos citar las costumbres fuertemente arraigadas en nuestras distintas etnias que sin estar constitucionalmente reconocidas, abogan por la defensa “constitucional” del medio ambiente e incluso por la defensa espiritual de la tierra¹⁴.

Por lo que toca a los procesos de incorporación de lo *constitucional-consuetudinario* a la Constitución del Estado, es inconcuso que existe una tajante separación entre el derecho legislado y el derecho nacido de la costumbre. En la dimensión constitucional esta separación se acentúa, debido a la prédica que usualmente se hace de lo constitucional, como si la totalidad de esta categoría estuviera contenida en el código que tal nombre recibe.

La lejanía que se advierte entre estos dos campos, nos lleva a decir que es tiempo ya de que el Estado diseñe los procesos de asimilación de las prácticas consuetudinarias al derecho hegemónico del Estado. ¿Cómo y en qué momento, la práctica constitucional-consuetudinaria, puede y debe ser adoptada por el Estado? Creemos que la respuesta es simple: Desde el momento que esta práctica recoja y predique asuntos esenciales para la humanidad, tal cuestión debe ser tenida como un asunto de relevancia constitucional y, por ende inscrita en el texto constitucional.

Nos parece que desde esta óptica, lo constitucional es proceso; lo constitucional es lisa y llanamente un asunto de humanidad; más todavía, se trata de la pervivencia del género humano. Por eso, asuntos como la defensa del medio ambiente, la lucha contra la depredación, el calentamiento global y otros más de parecida catadura, deben ser considerados como cuestiones de natura constitucional, con independencia de que estén en la constitución-código o todavía en proceso de formación, más allá de la rigidez de cualquier *corpus* constitucional.

V. LO CONSTITUCIONAL GLOBAL

Si lo constitucional está más allá del lenguaje y del código, por ser también fenómeno y proceso, vale decir que existe además la concepción de que lo constitucional no se agota en el Estado, aun cuando la referencia más próxima sitúe al Estado-nación y por consecuencia, a su territorio, como el espacio *ad hoc* para la puesta en marcha y para la observancia de la Constitución-código.

¹⁴ Son múltiples los casos que se inscriben en esta línea y casi todos en abierta oposición a la manera en que las compañías transnacionales medran en detrimento del medio ambiente; *vgr.*, los yaquis y mayos en México; los mapuches en Chile, etc.

Es claro que la Constitución escrita rige en el Estado; empero, lo constitucional (fenoménico y proceso) desborda esa Constitución escrita. Casi como natural consecuencia, lo constitucional está en la Constitución escrita pero también se desplaza más allá de ésta y por ende, más allá de las fronteras del Estado -su espacio natural de aplicación y su límite-.

Hace tiempo ya que las constituciones han empezado a compartir con otros ordenamientos (particularmente los tratados internacionales), los asuntos esenciales de natura constitucional. No es casual el repunte de las Cortes Internacionales en materia de Derechos Humanos, como tampoco nos sorprende la fuerza que ahora se reconoce a sus sentencias y recomendaciones.

Lo cierto es que esta misma oleada de lo constitucional más allá del Estado, ha iniciado -sin quererlo- una ofensiva en contra del mismo Estado y sus principios señeros, entre los que destacan la soberanía, la supremacía constitucional, la cosa juzgada, etc.

Como corolario de los dos avistamientos de lo constitucional previamente señalados, este que nos ocupa es el de mayor empuje y posiblemente el que menos se ha comprendido, pues lejos de referirnos a un debate irreconciliable entre dos órdenes jurídicos, se trata de algo elemental y por lo mismo, inexorable en los dos campos ya citados: Al interior del Estado y de su Constitución y fuera del Estado y más allá de la Constitución estatal, la configuración de lo constitucional, ha salido del monopolio del Estado. Lo constitucional es un fenómeno global, pues se entiende como un asunto de la humanidad.

Lo constitucional *en una Constitución* o lo constitucional *más allá (fuera) de la Constitución*, significa que los asuntos concernientes a lo constitucional parecen apuntar a la dimensión de lo constitucional *global*; ergo, lo constitucional es un asunto de la humanidad.

VI. UNA CONCEPCIÓN POSIBLE

Estamos caminando en pleno siglo XXI, y ya en el tercer lustro del tercer milenio, los asuntos concernientes a la humanidad nos fuerzan a la búsqueda de nuevos derroteros en todos los campos. La globalización ha tocado todos los aspectos de nuestra vida y, por lo mismo, nuestros derechos humanos no tienen ya discusión atendible, salvo en aquellos planteamientos que abogan por su protección. En lo que concierne al poder que se ejerce sobre los hombres, la cuestión es parecida, pues la fuerza y el imperio de *lo stato*, es un

asunto secundario, puesto ahora al servicio de los derechos inalienables de las personas.

De este modo, los ordenamientos jurídicos que la humanidad ha ideado a lo largo del tiempo para atender y proteger los derechos —ahora humanos—, tienen en la Constitución su expresión vital. Sin embargo, la reflexión acerca de *lo constitucional* y las profundas y diversas imbricaciones de este concepto, nos llevan a considerar que lo constitucional desborda el lenguaje jurídico formal y escrito y, por ello, también *lo constitucional* está visible en los fenómenos y en los procesos que ahora el Estado y su *corpus maximus* (Constitución) deben incorporar, en el ánimo de mantener el carácter predominante de lo constitucional (*en el y*) desde el Estado.

No negamos importancia a los procesos de tipo constitucional que están más allá del Estado; sin embargo, nuestra apuesta por el resurgimiento de la supremacía constitucional, nos permite sostener la pertinencia de que siendo lo constitucional un asunto de la humanidad y para la pervivencia de la humanidad, el primero y principal responsable y promotor de lo constitucional debe ser el Estado constitucional.

Así, *lo constitucional* puede ser aprehendido en las cuestiones atinentes al control del poder del Estado y de otras instancias internacionales para garantizar el respeto a los derechos humanos, y que son esenciales para la pervivencia del género humano.

Esto es lo que trata el derecho constitucional. *Ergo*, el derecho constitucional estudiará en la actualidad, tanto los contenidos de nuestro derecho constitucional tradicional (es decir, los contenidos del derecho constitucional visibles desde la perspectiva del Estado), como los contenidos de tipo fenoménico (perceptibles en lo constitucional que acontece más allá del Estado) y que resultan vitales para una garantía adecuada de los derechos humanos en este solar o en otro cualquiera.

El Estado constitucional se erige en este contexto, como el garante y promotor de *lo constitucional*; por eso, debe ser el Estado capaz de ejercer controles adecuados para el ejercicio del poder público y también con la fuerza para asumir la garantía de los derechos humanos. También es aquel que toma en cuenta el desarrollo de los fenómenos atinentes al poder y los derechos humanos, para procurar el ejercicio mesurado del primero y la garantía plena de los segundos, dentro y fuera de su territorio.

Lo constitucional es así, la manifestación primaria de los fenómenos humanos que por su naturaleza esencial, deben ser regidos por el máximo ordenamiento jurídico del Estado. *Lo constitucional* es tal, porque se vincula indefectiblemente con las cuestiones atinentes a la pervivencia del género humano. Por eso, la Constitución —instrumento para la concordia y el fun-

cionamiento del Estado- tiene que generar las vías de comunicación con los fenómenos de *natura* constitucional que nuestra Carta Magna, por su dimensión jurídica egregia, por su carácter formalmente preeminente, debe conducir antes que cualquier otro *corpus* o instancia internacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Trotta, Madrid, 2006
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, UNAM, México, 1997
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Lo fáctico y lo signico: una introducción a la semiótica jurídica*, Eunsa, Navarra, 1995
- LEVINSON, S. C. y D. P. Wilkins *Grammars of space. Explorations in cognitive diversity*, Cambridge University Press, 2006
- LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1993
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, FCE, México, 1989
- PHELPS, Glenn A. y POIRIER, Robert A. *Demandas Constitucionales Permanentes*, Ediciones Prisma, México, 1988
- TUZET, Giovanni, “Una concepción pragmatista de los derechos”, en *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, número 39, ITAM, México, 2013
- URIBE ARZATE, Enrique, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho constitucional*, IIJ, UNAM, México, 2010