

**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

FACULTAD DE DERECHO

POSGRADO EN DERECHO

**Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de
Educación Pública, bajo Acuerdo número 20081906, de 27 de
noviembre de 2008**

**LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS FRENTE
AL FENÓMENO DE CONVENCIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES.**

Reflexiones desde una nueva propuesta de racionalidad jurídica

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

PRESENTA:

SALVADOR HERNÁNDEZ GARDUÑO

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR HUGO SAÚL RAMÍREZ GARCÍA

*A mis hijas, Ivana y Gala, y a mi hijo, Lucas, por ellos todo y para ellos
siempre;*

A mi amada Jimena, por su amor, paciencia y apoyo incondicionales;

A mi hermano Sergio, confidente, consejero y compañero de vida;

A mi madre, Flor, y a mi padre, Eduardo, por su amor, apoyo e impulso;

A mi segunda madre, Adriana, mi referente profesional y humano;

*A mi abuela materna, Montaña de Amor. No existe en el mundo un nombre que
describa tan atinadamente a otro ser humano;*

*A la memoria de mi abuela paterna, María Elena. Estoy seguro que desde algún
lucero, de esos que brillan sobre el cielo nocturno, tiene un lugar de primera fila
desde el cual me observa;*

A mi tierra, Guerrero;

*Un agradecimiento especial al Dr. Hugo Saúl Ramírez García, por su
acompañamiento y sabios consejos. Sin su apoyo, esta investigación no habría
sido posible.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
 PRIMERA PARTE. DERECHOS HUMANOS, UNA EMPRESA DE RAÍCES LIBERALES	 11
 CAPÍTULO PRIMERO. LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDEA DE DERECHOS HUMANOS.....	 13
I.1 La Modernidad liberal.....	13
I.2 Doctrinas liberales contemporáneas, derecho y derechos humanos	18
I.3 La crisis del liberalismo	28
I.4 Propuestas teóricas sobre los derechos humanos	36
I.5 Una breve conclusión.....	41
 CAPÍTULO SEGUNDO. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	 43
II.1 Antecedentes	44
II.2 Integración del SIDH	47
II.3 Algunas líneas jurisprudenciales de la Corte IDH	52
 SEGUNDA PARTE. CONSTITUCIONALISMO, CONVENCIONALIZACIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICA EN LATINOAMÉRICA	 61
 CAPÍTULO TERCERO. ESTADO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICA.....	 63
III.1 Del Estado legislativo al Estado constitucional	63
III.2 Elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional	67
III.3 Una nueva propuesta de racionalidad jurídica	71
III.4 La Constitución del Estado constitucional.....	83
III.5 El juez del Estado constitucional.....	86

III.6 Los Estados constitucionales latinoamericanos	91
CAPÍTULO CUARTO. EL FENÓMENO DE CONVENCIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	113
IV.1 La <i>Constitución convencionalizada</i>	113
IV.2 La raíz ideológica de la <i>Constitución convencionalizada</i> y del control de convencionalidad	127
IV.3 Jurisprudencia interamericana y control de convencionalidad.....	134
IV.4 El absurdo jurídico como <i>justicia fallida</i> . Los casos <i>anómalos</i>	149
IV.5 Entre la interpretación y argumentación jurídicas y la pretensión de eficacia del derecho. La <i>razonabilidad constitucional</i>	167
EXORDIO. SOBRE EL RIESGO DE VACIAR EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	178
CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL	186
BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	192

INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda posguerra, a mitad del siglo XX, un gran número de países convergieron en la necesidad de modificar la dinámica en la relación Estado-ciudadanos conforme a una nueva visión que impusiera límites tanto materiales como sustantivos al ejercicio del poder estatal y a las funciones que desarrollan las instituciones públicas, orientándolas al respeto y garantía de los derechos humanos, así como a los principios de un nuevo constitucionalismo. Resultado de esto fue el surgimiento del modelo de Estado constitucional. Modelo al que se centra la presente investigación.

El presente trabajo es fruto de largas reflexiones en torno a la influencia de la filosofía política liberal en el derecho en general, y en el constitucionalismo en lo particular; circunstancia que me ha causado enorme interés desde que inicié mis estudios de posgrado en la Universidad Panamericana, pues considero que a pesar de los indiscutibles aciertos que tal corriente de pensamiento aportó no sólo a la disciplina jurídica, sino a las ciencias sociales, también existen ciertas herencias liberales que ya no es posible o, mejor dicho, deseable, conservar en nuestros tiempos.

Mi investigación se divide en dos partes. La primera consiste en un ejercicio descriptivo, mientras que la segunda refleja un esfuerzo analítico propositivo conforme a la posición epistemológica que he asumido para su desarrollo.

La primera parte –*descriptiva*– se compone de los capítulos primero y segundo. El ejercicio descriptivo de la primera parte a su vez permitirá comprobar en la segunda que, a pesar de que tanto la transformación del modelo de Estado como el surgimiento de la idea de los derechos humanos tienen su génesis en el pensamiento liberal surgido durante la Modernidad, en el caso de la consolidación del modelo de Estado constitucional y el desarrollo de los derechos humanos en la región latinoamericana, los postulados del liberalismo lejos están de poder explicar la experiencia constitucional de la región.

En ese sentido, en el capítulo primero me he propuesto dar cuenta de la construcción de los derechos humanos a través de un sintético recorrido del

pensamiento liberal surgido en el periodo de Modernidad y vigente hasta nuestros días, brindando breves notas precisas sobre la mutación que al interior de esa ideología se fue gestando y que dio origen a distintas corrientes al interior de la misma que resultan fundamentales identificar debido a que cada una propone diversas formas de concebir la idea de la justicia y, por tanto, de los derechos humanos. Todo esto desde las obras que a mi juicio resultan las más representativas y apoyándome en referencias de textos jurídicos que encuentran en ella su carácter justificatorio.

Posteriormente, expongo de manera muy general otras corrientes de pensamiento que, en contraposición a los ideales liberales, se sumaron al debate sobre los arreglos que desde su óptica debían realizarse en el contexto de la vida social y comunal de las naciones y que, en mayor o menor medida, lograron enquistar sus ideas en el proceso de configuración del modelo de Estado constitucional.

Superada esa primer exposición, me daré a la tarea de presentar las distintas propuestas teóricas sobre los derechos humanos que considero resultan de obligada referencia debido a que son las que han logrado mayores consensos intersubjetivos entre quienes se han dedicado al esfuerzo de su estudio. Esto, tomando como base la propuesta de Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur, y sin que de lo anterior se siga que habré de decantarme o adherirme a cualquiera de dichas propuestas, pues el objeto de mencionarlas y de exponer de manera general sus notas más características es el de dar cuenta de la variedad de opciones para explicar y justificar una idea que más allá de sus contenidos específicos, persiguen el fin común orientado al reconocimiento y protección del valor de la dignidad humana.

En el segundo capítulo me propongo a exponer el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sus antecedentes, integración, facultades de los actores que lo integran, así como las principales líneas jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte de San José y que han coadyuvado a la transformación de la conciencia de los Estados de la región hacia el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos.

Concluidos los dos primeros capítulos, el texto se adentra a su segunda parte –*analítica propositiva*–, que se inaugura con el tercer capítulo dedicado al modelo de Estado constitucional.

Dicho capítulo se compone de cuatro apartados, en los cuales inicio explicando las principales diferencias entre el modelo de Estado legislativo y el Estado constitucional, haciendo énfasis en las principales características del primero y la forma en que el segundo ha superado las barreras que existían desde el punto de vista de los contenidos del derecho.

El segundo apartado consiste en una propuesta semántica del Estado constitucional, en la cual, sin pretender efectuar un ejercicio propio de la Filosofía del Lenguaje, planteo un catálogo de elementos o rasgos distintivos que considero funcionan como características definitorias de ese *objeto* denominado Estado constitucional.

El tercer apartado de este capítulo consiste en mi propuesta de una nueva racionalidad jurídica en el marco del modelo de Estado constitucional. Para ello, primeramente realizo una breve referencia de la forma en que el positivismo, el iusnaturalismo y los iusrealismos clásico y escandinavo entendieron o definieron la racionalidad jurídica, para posteriormente plantear mi propuesta, que justifica y sirve de hoja de ruta para las ulteriores reflexiones de la investigación.

En el cuarto apartado me adentro al análisis de la Constitución en el marco del modelo de Estado constitucional, elemento articulador del arquetipo y que, por tanto, merece una reflexión que dé cuenta de sus alcances a partir de su multidimensional naturaleza como instrumento político, jurídico, histórico, social y cultural.

El quinto apartado consiste en una discreta propuesta que a manera de canon realizo sobre el perfil de las y los jueces en el Estado constitucional, con base en una serie de condiciones que a mi juicio deben guiar el ejercicio de su función con miras a asegurar la correcta implementación, desarrollo y consolidación del arquetipo estatal.

El último apartado consiste en el análisis del contexto de los Estados constitucionales latinoamericanos, para lo cual expongo sucintamente la

experiencia constitucional de varios países de la región, destacando las diferencias de sus procesos de creación o reforma constitucional, algunas referencias histórico-políticas y las coincidencias que se identifican en el constitucionalismo latinoamericano, sin que ello implique entenderlo como un todo, sino como una experiencia temporalmente coincidente pero con especificidades trascendentales.

Así, habiendo apuntado solo algunas de las complejas realidades sociales de las naciones de Latinoamérica, caracterizadas por su composición plural a través de minorías nacionales constituidas por pueblos indígenas, afrodescendientes, migrantes, grupos desplazados por la violencia o los desastres naturales, exiliados y demás núcleos de población en situación de vulnerabilidad, así como la fuerte presencia de los ideales de formas de organización comunitaria, transito hacia el análisis de las implicaciones que en nuestra región puede tener el abanderar la idea de la *Constitución convencionalizada*.

Lo anterior, representa el objeto del cuarto capítulo de mi investigación, ya que considero que los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, que a la par de haber sido criterios fundamentales para la configuración política de los países de la región, han pasado a formar parte de los contenidos del derecho y que a su vez constituyen principios de la racionalidad jurídica, se ven fuertemente comprometidos frente a tal propuesta.

En ese sentido, mediante el estudio de los orígenes del modelo del Estado constitucional, su evolución y perfeccionamiento a la luz de la actualidad latinoamericana, analizo los efectos de una coexistencia de jurisdicciones nacionales y la regional –interamericana– en materia de derechos humanos; todo esto con permanente referencia a la idea de la *Constitución convencionalizada*.

Asimismo, he realizado un ejercicio de identificación de ciertas prácticas recurrentes en la función jurisdiccional de los países latinoamericanos que siguen el patrón de apelar constantemente al uso de la doctrina del control de convencionalidad para resolver los casos que son de su conocimiento. Como consecuencia de lo anterior han surgido los que denomino *casos anómalos*, de los cuales ofrezco una explicación enunciando las características que permiten

identificarlos y expongo un par de ejemplos de estos a partir del análisis de algunas sentencias. En resumen, los *casos anómalos* surgen de la aplicación de las herramientas de interpretación y argumentación llevadas al grado del *absurdo jurídico* que provoca una *justicia fallida*.

Como quinto y último capítulo me he propuesto realizar una reflexión final sobre un fenómeno que considero se encuentra latente en nuestra región y en muchas otras partes del mundo, y que varios autores han identificado y criticado con particular vehemencia; este es, el riesgo de vaciar el discurso de los derechos humanos. Fenómeno que es de la más alta prioridad discutir y reflexionar dado que encuentra su génesis en la acelerada evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el fortalecimiento de los tribunales internacionales-regionales de la materia.

Aprovecho para señalar desde ahora que no será sino hasta el capítulo tercero que se identificará el punto de partida epistemológico que guiará las reflexiones de mi propuesta académica. Por ello la importancia del ejercicio descriptivo de la primera parte y la referencia a las distintas corrientes de pensamiento que en una afrenta al liberalismo han trazado el rumbo para el desarrollo de investigaciones que apuesten al sincretismo metodológico que por mucho tiempo fue exiliado de la investigación jurídica.

Lo anterior no significa que mi investigación no haya seguido el rigor que debe caracterizar a todo producto académico. Como recién lo apunté, en cuanto al método, es una propuesta ecléctica que involucra posiciones de varias disciplinas, como la filosofía política, la sociología, la filosofía y, desde luego, el derecho. El horizonte epistémico se aleja de los postulados liberales y de los que se han utilizado para el desarrollo de la dogmática jurídica tradicional –léase *iusnaturalismo*, *iuspositivismo* o *iusrealismo*–. Este estudio pretende sumarse a los estudios del derecho y la sociedad –*law and society*–, que no es propiamente la sociología jurídica, sino el análisis multidisciplinar de los efectos del derecho en las sociedades contemporáneas. Todo esto bajo una fuerte influencia de las ideas del multiculturalismo y del comunitarismo.

En ese sentido, el presente trabajo pretende comprobar que a través de la aplicación de un método ecléctico y de la concepción de una racionalidad sin ataduras a los parámetros convencionales de la ciencia, también es posible generar nuevas propuestas para entender, explicar y proponer soluciones a los problemas que en la actualidad enfrenta nuestra disciplina, el Estado y las sociedades.

El balance de mi investigación podrá efectuarse a partir de la valoración de los insumos que puedan obtenerse de su lectura para tratar de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿las resoluciones de los órganos de jurisdicción internacional en materia de derechos humanos toman en consideración las especificidades de los Estados constitucionales latinoamericanos contemporáneos y la racionalidad de sus respectivos sistemas jurídicos? ¿Es la esfera internacional el escenario idóneo para lograr una mayor y progresiva adjudicación de derechos en beneficio de las personas que habitan los Estados constitucionales contemporáneos? ¿La materialización de la idea de la *Constitución convencionalizada* es deseable en nuestra región?

Por último, quiero agradecer las críticas, observaciones y sugerencias de los doctores Pedro de Jesús Pallares Yabur, Francisco Vázquez Gómez y Juan Manuel Acuña.

Al Doctor Pallares, las precisiones que me llevaron a desarrollar de manera más puntual mi concepción acerca de la identidad latinoamericana sobre los derechos humanos, el añadir algunas reflexiones en relación al Margen de Apreciación Nacional, igualmente, con relación a los estándares de derechos humanos y un par de ejemplos de justicia fallida.

Al Doctor Vázquez Gómez, las sugerencias encaminadas a precisar por qué me refiero a lo largo de la obra a *derechos humanos* y no a *derechos fundamentales*, la referencia del *realismo clásico*, la fina diferenciación entre *la constitucionalidad de la Constitución* y su diferencia con *la constitucionalidad de ésta o aquella Constitución*, así como haber introducido aunque sea una breve referencia de la importancia de la *práctica de los derechos humanos*.

Al doctor Acuña agradezco la fineza de sus observaciones, así como la fuerte influencia que imprimió en mí durante las sesiones que tuve la fortuna de haber sido su alumno. Las críticas, aclaraciones y comentarios de tan diestro jurista me han permitido no solo mejorar el contenido de esta investigación, sino son enseñanzas que mantengo presentes frente a los retos que la práctica del derecho me exige día con día.

Espero que el fruto del esfuerzo impreso en este trabajo sea el alentar el debate sobre los temas que aborda, pues nada impulsa más mi pasión por el derecho que la constante necesidad de reformular sus postulados fundacionales como consecuencia de la necesidad de hacerlo funcional en realidades y contextos cada vez más plurales y complejos.

PRIMERA PARTE
DERECHOS HUMANOS, UNA EMPRESA DE RAÍCES LIBERALES

CAPÍTULO PRIMERO. LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDEA DE DERECHOS HUMANOS

Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.¹

I.1 La Modernidad liberal

Es bien sabido que quienes se dedican al estudio de los fenómenos propios de la humanidad desde que se tiene registro de su presencia en el planeta han propuesto distintas clasificaciones de los períodos en que puede dividirse nuestra historia. Sin embargo, las presentes líneas buscan un fin muy distinto al de sugerir una nueva categorización de los bloques que conforman la pirámide de la historia humana, por lo tanto, permítaseme partir de la simplista consideración de que el estudio histórico de nuestra especie puede dividirse en cuatro grandes etapas, a saber, la Prehistoria, la Antigüedad o Época Clásica, la Edad Media y la Modernidad. Siendo esta última a la que habremos de limitar nuestra reflexiones.

Asimismo, para los efectos que pretendemos es necesario aclarar que la concepción de Estado a la que habremos de referirnos a lo largo de este estudio será en, sentido estricto, a la del *modelo de organización jurídica y política propia de la Modernidad*.²

Por otra parte, atendiendo a que nuestro estudio habrá de construirse sobre dos grandes pilares que son el derecho y el Estado, de manera circunscrita al periodo histórico de la Modernidad y a la región latinoamericana, partimos de que la etapa histórica a la que me he propuesto limitar este estudio encuentra sus primeros hálitos en el siglo XVI, en el cual surgieron los célebres escritos de

¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Artículo 16, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

² El asumir esta definición de Estado se la debo a la cátedra del Doctor Guillermo Gatt Corona, destacado notario jalisciense y profesor de la Universidad Panamericana.

Nicolás Maquiavelo –quien no termina por definirse si es el pensador que en el ámbito literario de corte político inaugura esta época o clausura la anterior– y se consolida en 1648 con la Paz de Westfalia.

En el plano jurídico-político, la transición hacia la Modernidad se ha atribuido al surgimiento de la idea de soberanía en el seno de los Estados-nación que encontró su punto medular en la ya mencionada Paz de Westfalia, lo que provocó, en suma, un fenómeno tanto político como jurídico que hizo posible que el reconocimiento de los Estados como titulares de derechos y obligaciones frente a sus similares en el plano internacional, fijándose como límites la soberanía de sus similares, en primera instancia y, en segundo término, aquellos establecidos en las normas del derecho internacional, las cuales, desde su origen, justificaron en el principio *pacta sunt servanda* su legitimidad y eficacia.³

El periodo histórico al que se circunscribe la presente investigación, también encuentra como una de sus notas características el surgimiento del pensamiento liberal, el cual permitió el desarrollo, configuración y perfeccionamiento de los Estados-nación. Esto, como consecuencia de los sucesos políticos, económicos, jurídicos y sociales que transformaron el *orden de cosas* imperante en distintos momentos de esta etapa.

Sin embargo, desde fechas previas a la Gloriosa Revolución inglesa pueden identificarse algunos registros que dan cuenta que el pensamiento liberal es producto de una paulatina construcción que habría de consolidarse hasta lograr una completa transformación de los Estados. Por ejemplo, en 1635, Roger Williams fue sujeto de exilio puritano que lo llevó a ser expulsado de la colonia de Massachusetts por sostener que el poder civil carecía de autoridad sobre la conciencia humana.⁴

³ Fernández, Wilson y Olmedo González, Hernán, “Conflictividad y órdenes mundiales: la Paz de Westfalia y la inauguración del sistema internacional contemporáneo”, *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, Montevideo, núm. 8, diciembre de 2018, pp. 48-75.

⁴ Macaulay Trevelyan, George, *Historia social de Inglaterra*, 2a. ed., trad. de Adolfo Álvarez-Buylla, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 226.

Lo anterior, sometido al *pedigrí* liberal, resulta una pincelada de lo que habría de convertirse en la esencia misma de los movimientos revolucionarios de años venideros, que sobra decir resultan la más diáfana expresión de la consolidación del liberalismo clásico.

Esto, a su vez ilustra una dicotomía presente por muchos siglos en el acontecer social y político de Occidente, que consiste en la pugna entre dos posiciones contrapuestas y que por mucho tiempo se representó en dos bandos ideológicos identificados como liberales y conservadores.⁵ En Inglaterra, la división social daba como resultado la configuración de dos bandos, por un lado estaban los puritanos, a quienes podemos asemejar a los conservadores y, por el otro, los libertinos, a quienes identificamos como el ala liberal. Sin embargo, la revolución *cromwelliana* no fue una guerra de ideas, es decir, una batalla de ideologías plenamente identificables en función de presupuestos fundacionales que daban cuenta de una particular concepción del Estado, de la sociedad o del mundo, sino que fue una pugna de meras opiniones políticas y religiosas que, entre muchos otros efectos, permitió la restauración del principio de la primacía del derecho sobre la voluntad del rey que ilustra el triunfo del *Common Law*.⁶

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la verdadera transformación de los Estados-nación a partir del nuevo entendimiento de la soberanía que marcó el inicio de la Modernidad, habría de materializarse en las naciones de la época, cuando dominaban las monarquías. La soberanía, entendida como la potestad del Estado-nación para gobernarse, decidir libremente sobre su configuración interna y, por tanto, dotarse de un orden jurídico propio, fue depositada en la figura del monarca, quien ejerciéndola, definía las directrices para la organización política, social y jurídica del Estado.

⁵ Un cercano ejemplo de la influencia de la dicotomía la encontramos en toda la obra del Premio Nobel de Literatura latinoamericano, Gabriel García Márquez, quien en sus magníficas obras se refiere constantemente a la centenaria disputa entre liberales y conservadores que azotó a su natal Colombia.

⁶ *Ibidem*, pp. 247-262.

De esta forma, los Estados-nación, como consecuencia de los males que el poder depositado en un solo individuo se ha encargado de demostrar la historia, padecieron los efectos del absolutismo despótico que tras las gestas revolucionarias –particularmente la francesa– fue denominado el *Ancien Régime*.

Frente a esta realidad, surgieron las obras de diversos autores que desarrollaron teorías encaminadas a proponer nuevas formas de distribuir y limitar el poder político en beneficio de los pueblos a partir de los valores de libertad, igualdad y autonomía de las personas, mismos que constituyen la quintaesencia del pensamiento liberal.

El primero que habría de configurar una teoría conforme a los postulados del liberalismo fue Thomas Hobbes. En su obra el *Leviatán* (1651), el pensador inglés parte de la concepción del ser humano en un estado de naturaleza en el que existe un riesgo permanente de ser despojado de la vida y de los bienes al no existir un orden que sancione las acciones perpetradas en detrimento de los derechos de los individuos. A pesar de que hay quienes consideran que Hobbes ha sido interpretado incorrectamente, no es aventurado sostener que la visión *hobbesiana* del hombre en el estado de naturaleza parte de la presunción de la maldad como condición que le es inherente, si no necesaria, sí como muy probable. Por lo tanto, Hobbes afirmó que las personas en estado de naturaleza seguirán siendo vulnerables en tanto no lleguen a un acuerdo a través del cual cedan voluntariamente ciertas prerrogativas de su libertad en favor de un ser superior, del *Leviatán*. En ese contexto, consideraba que la *monarquía* resultaba la forma de gobierno idónea al que habrían de aspirar los individuos que suscriben el contrato social para lograr a un escenario de seguridad, con base en las reglas convivencia acordadas.⁷

⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, *passim*. Sobre las probables malas interpretaciones del pensamiento de Hobbes, resalta lo apuntado por Jürgen Habermas, quien sostiene que “[s]i desde una perspectiva kantiana se vuelve la mirada sobre Hobbes, se impone una lectura que ve en Hobbes más bien a un teórico de un Estado burgués de derecho sin democracia que al apologeta de un absolutismo sin restricciones [...] Pues lo que Hobbes trata de demostrar es que la sociedad constituida en términos absolutistas, considerada en

Tiempo después, John Locke publicaría su *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* (1690), en el cual retoma el hipotético escenario del estado de naturaleza pero, a diferencia de las ideas de Hobbes, sostuvo que la conducta de las personas en este metafórico escenario se rige por la ley natural y ésta es conocida y respetada por todos los hombres, pues la ley de la naturaleza encuentra su fundamento primero en la libertad y la igualdad de seres de la misma especie.⁸ Sin embargo, Locke consideró que ante la probable confusión de los individuos de equiparar *libertad* con *licencia*, resultaba necesario suscribir el contrato de los individuos libres e iguales –en estado de naturaleza– que habría de fungir como la garantía de protección de sus vidas y de sus bienes y, a diferencia del *Leviatán hobbesiano*, Locke consideró a la *república* como el modelo de organización más conveniente para los fines de la convivencia social.

Muchos años más tarde, Jean Jacques Rousseau publicaría *El Contrato Social* (1762); texto que se distingue por el enaltecimiento de la *democracia directa* –democracia de mayoría– como el mecanismo a través del cual se garantiza la legitimidad y eficacia de las normas que rigen la vida en sociedad. Sin embargo, la gran crítica al texto de Rousseau –sin que esto reste autoridad o relevancia a su obra– es la complejidad de lograr los mecanismos de consenso democrático a los que aspira en naciones con amplios territorios y con poblaciones numerosas.

En Francia, años antes del inicio de la revolución, se publicó el clásico de Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes* (1748). Este texto –lectura obligada en las facultades de derecho en todo el mundo– habría de resultar la piedra angular para configurar orgánicamente a los Estados a manera de que éstos se organizaran de forma tal que se lograra un equilibrio en el ejercicio del poder político del que habían abusado los monarcas. La división tripartita del poder del Estado propuesta

conjunto, se justifica como un orden instrumental a partir de las consideraciones y ponderaciones racionales con arreglo a fines de todos los implicados.” Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de una teoría del discurso, 6a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010, pp. 155-156.

⁸ Locke, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, 2a. ed., trad. de José Carner, México, Porrúa, 2014, pp. 3-10.

por Montesquieu implica que los poderes se “[...] *neutralizan* [entre sí] *produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas* [los poderes] *han de verse forzados a ir de concierto.*”⁹

Si bien la evolución de los Estados-nación durante la Modernidad permitió una transformación¹⁰ profunda en el campo de acción estatal, muchos fueron los males que prevalecieron; algunos fueron atendidos y otros persisten hasta el día de hoy.

Así, las ideas que florecieron desde los inicios de la época Moderna, fueron ese primer retoño en el enorme jardín de un nuevo pensamiento que a pesar de su evolución y atomización se mantiene vigente hasta nuestros días y que trascendió de ser una mera ideología política a su consolidación como una verdadera teoría moral que habría de dominar el pensamiento occidental.

I.2 Doctrinas liberales contemporáneas, derecho y derechos humanos

Previamente hemos realizado una discreta exposición de los inicios de la Modernidad y del surgimiento del pensamiento liberal que trajo consigo una nueva forma de entender el ejercicio del poder público a través de la breve referencia de las obras de autores clásicos que abrieron una brecha alternativa para la comprensión de la forma en que se desarrollan las relaciones entre el Estado y las personas, así como entre los propios particulares dentro de una sociedad.

Bobbio señala que, desde su acepción más común, el liberalismo parte de “[l]a *concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, y como tal se contrapone tanto al Estado absoluto como al Estado que hoy*

⁹ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 2013, p. 152.

¹⁰ Solís Delgadillo, Diego y Cortez Salinas, Josafat, “Tres contratos, tres incertidumbres: la conformación de soluciones institucionales en Hobbes, Locke y Rousseau”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 13, enero-diciembre de 2019, pp. 321-344. En su texto, los autores se remiten a los clásicos del contractualismo moderno con la finalidad analizar la forma en que éstos concibieron la forma de atender la incertidumbre a través de la configuración de instituciones.

llamamos social [...]”¹¹. Es decir, la ideología liberal propugna la idea de un Estado reducido, cuyas funciones sean limitadas a la salvaguarda de los valores liberales, a saber, la libertad, la igualdad y la autonomía personal. Sin embargo, aun cuando “[...] *el pensamiento liberal parte del reconocimiento del principio de autonomía como fundamento de sus concepciones, no todos [sus exponentes] la entienden [a la autonomía] de la misma manera.*”¹²

La oferta liberal, al consolidarse como teoría tanto política como moral, habría de servir para sentar las bases de la construcción teórica de los derechos humanos tal y como la conocemos hoy en día, con todas sus implicaciones racionales, de fundamentación y de orden procedimental, y que paulatinamente se fue nutriendo del pensamiento jurídico.

Como prueba de lo anterior, nos ubicamos en San Francisco, siendo el año 1948, data en que se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, misma que en su Preámbulo refiere lo siguiente: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.*”¹³

Así, encontramos al inicio del instrumento jurídico que sentó las bases para el desarrollo de todo un *ius commune* en materia de derechos humanos en el mundo, un enunciado a todas luces liberal.

Esto, a pesar de los debates filosóficos que precedieron a la emisión de la Declaración; pues el colectivo de naciones reunidas durante el periodo de la segunda posguerra con la finalidad de dotar al mundo de un organismo que fungiera como vigilante de la conducta de los Estados en aras de evitar la repetición de los atroces hechos ocurridos en Europa y que, a la par, se erigiera

¹¹ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 7.

¹² Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2019., p. 29.

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

como promotor de la nueva conciencia mundial basada en el respeto y salvaguarda de la dignidad del ser humano, enfrentó diversas dificultades derivadas de la pluralidad de pensamientos de los representantes de países con distintas culturas y tradiciones jurídicas. Sobre este aspecto, Aldous Huxley narró lo siguiente:

A pesar de todo, los resultados del estudio de la UNESCO fueron alentadores: apuntaban a que los principios del borrador de la Declaración estaban presentes en muchas tradiciones culturales y religiosas, aun cuando no siempre estuvieran expresadas en terminología jurídica [...] para sorpresa del grupo de la UNESCO, las listas de derechos fundamentales y de valores presentados por sus pares eran ampliamente similares.¹⁴

Lo anterior, confirma la fuerte influencia de los postulados liberales en todo el mundo contruidos desde el inicio de la Modernidad, cuya base resultan los valores de libertad, igualdad y autonomía de las personas y que en su dimensión de teoría moral encuentran una fuerte influencia en el pensamiento del célebre filósofo alemán Immanuel Kant.

Centrándonos en el pensamiento de Kant, podemos afirmar que su propuesta de filosofía moral es uno de los grandes pilares del pensamiento liberal. Su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* –publicada muchos años después que las obras de Hobbes y Locke– es el primer ejercicio filosófico orientado a explicar la *moral* desde una perspectiva metafísica partiendo de la concepción de las personas como seres capaces de razonar y, por tanto, capaces también de actuar conforme al *deber ser*, sin que dicho ejercicio reflexivo se realice con base en inclinaciones externas que son dadas por el entorno.¹⁵

¹⁴ Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, trad. de Pedro de Jesús Pallares Yabur, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 132.

¹⁵ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, México, Austral, 2019, *passim*.

Sin embargo, como es propio de cualquier teoría cuyas ideas se extienden hasta obtener una aceptación casi universal, el surgimiento de distintas corrientes de pensamiento en torno a los principios del liberalismo no se hizo esperar. Grandes discusiones teóricas sobre el entendimiento de sus postulados esenciales y sobre la justificación de sus valores fundacionales se han desarrollado en la doctrina, y la propia dinámica de los debates ha permitido su constante evolución.

Sin pasar por alto lo anterior, lo cual se considera propio del acontecer de cualquier teoría en la que se plantean novedosas ideas sobre un aspecto relevante, considero imprescindible centrar nuestra atención en una de sus tantas corrientes, a la que se conoce como *liberalismo igualitario*; la cual es el parteaguas de los debates más importantes que los pensadores liberales contemporáneos habrían de sostener en la segunda mitad del siglo pasado.

En términos muy generales, quienes comulgan con la corriente del *liberalismo igualitario* asumen una visión del desarrollo social para lograr una verdadera percepción de la justicia desde una concepción individualista de las relaciones Estado–gobernados y conciben a todas las personas como seres iguales que persiguen los mismos bienes o valores humanos para su supervivencia y para su correcto desenvolvimiento dentro de la sociedad, la cual se logra a través de un acuerdo que se funda en el consenso de individuos libres e iguales que entienden de igual forma los conceptos de lo bueno y de vida digna a través de un ejercicio de razón práctica.

El *liberalismo igualitario* sin lugar a dudas encuentra en la *Teoría de la Justicia* de John Rawls su manifestación más clara, de la que se desprende la revolucionaria concepción de la *justicia como imparcialidad*.

La *Teoría de la Justicia*, publicada por vez primera en el año de 1971, resulta una crítica al utilitarismo clásico, particularmente a su esquema de valoración de los principios del bien, pues los utilitaristas concebían la posibilidad de sobreponer el principio del bien al de la justicia cuando el primero resultara la mejor vía para lograr el más alto nivel de satisfacción colectivo o individual; lo que para Rawls representaba una innecesaria permisividad de dejar en segundo plano

el principio de justicia que, a su juicio, debe ser el fundamento mismo del acuerdo de *personas morales*¹⁶ ubicadas en un plano de *posición original*; concepto que el autor propone y que surge de la influencia de las teorías contractualistas de siglos pasados que desarrollaron el hipotético *estado naturaleza* desde el cual los individuos suscriben el acuerdo que sienta las bases de su vida en sociedad.

En ese sentido, Rawls lleva a un mayor grado de abstracción las teorías contractualistas previendo acuerdos originales mediante los cuales se forman las sociedades.¹⁷

Imer Flores considera que la empresa liberal de corte igualitaria emprendida por Rawls se caracteriza por su formulación como teoría *rights based*, es decir, fundada en los derechos, y resalta en ella la influencia del pensamiento de Kant, pues la teoría *rawlsiana*, llevada a los límites de la abstracción, parte del *imperativo categórico kantiano*.¹⁸

La idea de Rawls de una *justicia como imparcialidad* se construye a partir de tres grandes rubros que resultan indispensables para comprenderla. El primero consiste en la presunción de una sociedad bien ordenada, la cual puede clasificarse de esta forma cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros y se encuentra regulada de manera efectiva por una concepción de justicia. Un segundo aspecto estriba en la concepción de la persona como un ser moral, capaz de realizar ejercicios reflexivos, racionales y razonables, lo que lleva al autor a proponer que las personas de la sociedad bien ordenada pueden formular un equilibrio reflexivo de naturaleza moral que habrán de contrastar con el de sus similares hasta el punto que sus juicios coincidan por completo. Por último, el tercer y más complejo de los elementos que componen la idea de una *justicia como imparcialidad*, consiste en la *posición original* de las personas

¹⁶ El concepto de *personas morales* de Rawls es un claro ejemplo de la influencia del pensamiento de Kant en el desarrollo de su teoría de la justicia. Las *personas morales* son la representación ideal de la metafísica de las costumbres de Kant fundada en los imperativos categóricos.

¹⁷ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 34-44.

¹⁸ Flores, Imer, "El liberalismo igualitario de John Rawls", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 85-122.

morales, lo que a su vez requiere de la existencia de otros cuatro factores que son: i) el velo de la ignorancia; ii) los principios de justicia; iii) los bienes primarios; y iv) la prioridad de libertad.¹⁹

Es decir, la justicia *rawlsiana* –*justicia como imparcialidad*– se materializa a través del *acuerdo original* de individuos racionales –*personas morales*– que se sobrepone a cualquier otro principio que pudiera poner en riesgo el disfrute de los derechos y las libertades en igual proporción por cada uno de los miembros de la colectividad.²⁰

A continuación habré de referirme brevemente a cada uno de los conceptos antes aludidos a fin de lograr una mayor claridad expositiva del pensamiento de tan importante autor.

El concepto de *posición original*, en palabras del propio Rawls, busca

[...] establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho.²¹

De lo anterior, se desprende la pretensión del autor de generar condiciones equitativas en las relaciones entre los individuos que conforman un cuerpo social con base en criterios generales que no puedan excluirse en función de las condiciones sociales y naturales que de manera particular pudieran caracterizarlos o que pudieran darles ventajas en detrimento de otros en condiciones y posibilidades inferiores.²²

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Rawls, *Teoría de la...*, cit., p. 24.

²¹ *Ibidem*, p. 135.

²² El concepto de *posición original* de Rawls, nuevamente da cuenta de la influencia de Kant en su propuesta teórica, pues el ejercicio racional que llevan a cabo las *personas morales* en *posición original* para lograr la *justicia como imparcialidad*, se entiende libre de inclinaciones que impidan un *acuerdo moral*. Es decir, las *personas morales* razonan en clave del primer *imperativo categórico*.

Siguiendo el análisis de la *Teoría de la Justicia* realizado por Imer Flores, Rawls utiliza la metafórica herramienta del *velo de la ignorancia* con el objetivo de garantizar la imparcialidad del *acuerdo original* al que llegarán las *personas morales en posición original*.²³ Es decir, el *velo de la ignorancia* resulta útil en tanto permite que el *acuerdo original* de las *personas morales* sea obtenido desde un escenario en el que los individuos desconocen la posición que habrán de ocupar en la sociedad, por lo tanto, ello permite aspirar a mejores condiciones de igualdad y justicia.

Por cuanto a los *principios de justicia*, Rawls elabora una fórmula que en términos generales pudiera resultar sencilla y que consiste, por un lado, en asegurar a toda persona un igual derecho a acceder al esquema más extenso de libertades y que a su vez éste sea compatible con el de sus semejantes, mientras que por el otro, la aceptación de desigualdades económicas y sociales condicionada a que la existencia de éstas posibiliten la consecución de mejores condiciones para todos.²⁴

Los *bienes primarios*, como tercer factor de la *posición original*, consisten en condiciones que son perseguidas por cualquier persona que pretenda llevar a cabo un plan de vida razonable; siendo que dichos *bienes primarios* son requisitos sin los cuales sería posible dicho plan de vida, pues se entiende que éstos deben ser percibidos por cualquier *persona moral* –racional– en términos de la filosofía práctica de Kant.²⁵

Finalmente, la *prioridad de libertad* debe asumirse como la expresión máxima de las capacidades de reflexión –racionales y razonables– de las *personas morales*, por lo que la libertad únicamente puede limitarse en beneficio de la libertad misma, lo que consecuentemente genera que se replanteen los *principios de justicia*, teniendo como base a la libertad.²⁶ Por lo tanto

²³ Flores, Imer, “El liberalismo...”, *cit.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

De lo que se trata es de llegar a un acuerdo imparcial, bajo condiciones ideales que permitan obviar las diferencias fácticas y hacer viable una intuición básica de acuerdo con nuestro “sentido de justicia”, es decir, “que todos los individuos contamos por igual”, que es tanto como afirmar que cada individuo tiene un valor intrínseco y que, por lo mismo, debemos proteger prioritariamente a los más vulnerables cuando entendemos que las diferencias han sido producto de una “lotería natural”.²⁷

El impacto de la *Teoría de la Justicia* de Rawls, más allá de sus críticas, obligó a quienes pretendieron sumarse a la discusión liberal a definir desde un inicio su adherencia a sus postulados o, en su caso, a justificar las razones de su divergencia con los mismos. La obra de Rawls se convirtió en el punto de referencia para cualquier propuesta académica en el plano de la teoría política y moral durante la segunda mitad del siglo XX.

Una excelente síntesis de la forma en que el *liberalismo igualitario* aterriza sus postulados y conforma una teoría de los derechos humanos nos la ofrece Rodolfo Vázquez, quien enuncia una serie de principios normativos y valores cívicos que a su juicio constituyen su base justificatoria.

En cuanto a los principios normativos, Vázquez enuncia los de autonomía personal, dignidad, igualdad, así como la concepción de la persona como ser moral.²⁸ Respecto de los valores cívicos, el autor indica que

No es posible justificar adecuadamente una postura liberal (igualitaria), desde el punto de vista político y jurídico, sino se aceptan las siguientes premisas: a) la existencia de un pluralismo de valores y, a partir de su reconocimiento, la necesidad de promover la diversidad social y cultural para enriquecer la vida de cada uno de los individuos; b) la imparcialidad que no debe confundirse con el escepticismo y la neutralidad con respecto

²⁷ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas...*, op cit., p. 32.

²⁸ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. 1-25.

a los valores; c) la tolerancia como valor activo muy distinto a la resignación y a la indiferencia; d) la responsabilidad, especialmente los funcionarios con la debida publicidad de las decisiones; e) la solidaridad fundada en la justicia y en el reconocimiento compartido de los derechos humanos, y, finalmente, f) la deliberación pública.²⁹

Como se apuntó previamente, en los años posteriores a la publicación de la obra de Rawls se detonó en la doctrina liberal un nuevo periodo de reflexión que permitió el surgimiento de innumerables obras que revitalizaron las discusiones sobre sus principios, muchas de las cuales comulgaron con la propuesta de Rawls, mientras que otras tantas fueron críticas con su postura, lo que abrió un debate que se mantiene vigente hasta nuestros días. Sin embargo, consideramos que el intercambio de ideas que mayor expectativa generó en las últimas tres décadas del siglo pasado, fue el que sostuvieron el propio Rawls y Jürgen Habermas.

Thomas McCarthy, uno de los tantos académicos que han estudiado el debate que a lo largo de dos décadas sostuvieron Rawls y Habermas, considera que más que un debate, las réplicas y contra-réplicas que por medio de diversas publicaciones intercambiaron estos autores, se trató de un diálogo en el que cada cual expuso los caminos que a su juicio deben transitarse para lograr un sólido consenso liberal.

McCarthy nos explica que Habermas sostiene que la razón no puede definirse a partir de criterios subjetivos y considera que es resultado de un proceso comunicativo que debe reconocer la imposibilidad de generar respuestas generales a preguntas sobre el entendimiento y realización de ciertos puntos en razón del factor del pluralismo de las sociedades y, por tanto, la estructura básica para la institucionalización política del liberalismo, es decir, su ejercicio racional en el ámbito político y jurídico, se clasifica en tres dimensiones, a saber, el discurso

²⁹ *Idem*. El último de los valores cívicos que propone Vázquez –la deliberación pública- da cuenta de un ejercicio de integración de las ideas de Rawls y la Teoría de la Acción Comunicativa del filósofo y sociólogo liberal alemán Jürgen Habermas.

pragmático, el discurso ético y el discurso moral, y que a partir de estas dimensiones del ejercicio racional basado en el proceso comunicativo es posible desarrollar negociaciones deliberativas sobre circunstancias específicas que permiten lograr el acuerdo de personas libres e iguales. Por lo tanto, Habermas considera que las redes y procesos comunicativos de la sociedad civil son el fundamento de la soberanía popular, pues es a través de los consensos obtenidos de forma legal e institucionalizada –mediante el diálogo o proceso comunicativo–, es como se define legítimamente la forma en que debe administrarse el Estado.³⁰

Por su parte, Rawls considera que el consenso procedimental de Habermas llevaría a una especie de autorregulación que en dado caso podría comprometer la *justicia como imparcialidad* desarrollada en su obra más importante. En su *Liberalismo Político*, Rawls realiza una distinción entre el uso público y privado –no público– de la razón. Mientras que el uso público se lleva a cabo con relación a factores gubernamentales o cuasi-gubernamentales, la razón, en su ejercicio privado –no público– se desarrolla sobre circunstancias más cercanas a la esfera personal.

Por ello, McCarthy explica que en Rawls identificamos la idea de un *pluralismo razonable* en el cual la obtención de ciertos consensos no puede depender del proceso comunicativo procedimental, pues considera que la idea del proceso comunicativo de Habermas omite analizar las desigualdades de poder e influencia entre los individuos y los distintos sectores sociales que en dado momento pudieran inclinar la balanza en favor de intereses particulares, de lo cual deriva su conocida propuesta de *consenso superpuesto*, que se refiere a aquel que desde la posición original fue definido y que, por tanto, es indisponible de someterse a una nueva deliberación a fin de no comprometer la *justicia como imparcialidad*.³¹

³⁰ McCarthy, Thomas, "Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue", *Ethics*, Chicago, núm. 105, octubre de 1994, pp. 44-63.

³¹ *Idem*. Aunque desde un desarrollo de la justicia, la idea de Rawls de indisponibilidad del consenso superpuesto fue adoptado por distintos juristas que han escrito sobre los derechos humanos. Por ejemplo, el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés.

Alejándome de la corriente igualitaria del liberalismo, considero fundamental referir a otro destacado representante del pensamiento liberal contemporáneo. Robert Nozick, con su obra *Anarquía, Estado, Utopía*, es un ejemplo de otra corriente liberal a la que se ha denominado *libertarismo*. Los *libertarios* acentúan la idea del *Estado mínimo*, el cual debe partir del principio de no intervención respecto de la conducta de los individuos libres e iguales a fin de no transgredir la esfera de autonomía de las personas. En el *libertarismo* el Estado únicamente funge como administrador de los bienes públicos y como prestador de los servicios que requieren las personas, por lo que su ámbito de intervención en la esfera privada se reduce a eventos aislados que requieren de su poder coactivo a fin de resolver las disputas de los particulares que se surgen por la transgresión de los principios liberales de una persona por parte de otra.³² La libertad y la autonomía de las personas como núcleo de la razón de Estado elimina cualquier posibilidad de intervención “arbitraria” del aparato estatal, por considerar que éste no goza de la legitimidad suficiente para intervenir en las decisiones que los seres libres, iguales y autónomos toman para definir su plan de vida. Todo lo cual implica concepción muy distinta de la justicia en donde resalta la importancia de la responsabilidad que deriva de la autonomía de las personas y que de su abuso pueden derivar consecuencias graves debido a la idea de un Estado mínimo.

En el pensamiento *libertario* ciertos derechos, particularmente aquellos de carácter económico, social, cultural y ambiental –salud, educación, medio ambiente sano, etc.– encuentran su factor máximo de garantía y eficacia en la responsabilidad y autonomía de las personas, y no a través de su exigibilidad judicial o en su fórmula prestacional por parte del Estado.

I.3 La crisis del liberalismo

Como ya se apuntó, la doctrina liberal ha influido de manera importante en el pensamiento occidental desde sus inicios en los primeros años de la

³² Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, *passim*.

Modernidad. Influencia de la que la teoría jurídica no ha estado exenta, de forma tal que el liberalismo orientó la construcción y desarrollo de la teoría de los derechos humanos desde una visión antropocéntrica fundada en sus valores elementales de libertad, igualdad y autonomía.

Sin embargo, a pesar del dominio de sus postulados en Occidente y gran parte del mundo, el liberalismo ha entrado recientemente en una crisis de legitimidad que es consecuencia de las enormes brechas de desigualdad que existen en los Estados y que encuentran en ciertas instituciones y principios de corte liberal su principal causa.

En respuesta, han surgido distintas teorías alternativas a los postulados liberales que consideran que el dominio del pensamiento liberal es el principal motivo de los males que azotan a las sociedades contemporáneas y, por lo tanto, buscan ya sea complementar las deficiencias liberales o, de plano, erigirse como un nuevo pensamiento que permita un verdadero cambio de paradigma.

Por ejemplo, varios son los autores que consideran que la pérdida de la esencia comunitaria dentro de los Estados modernos ha derivado en el demérito de instituciones fundantes de la sociedad que a su vez resultan indispensables para aspirar a una sana convivencia.³³

El comunitarismo considera que la pertenencia del individuo a una comunidad provoca una forma de razonar distinta y particular, lo que impacta en la forma en que se conciben los conceptos del bien, de lo bueno y de la vida digna. En ese sentido, esta corriente de pensamiento da una fuerte importancia a los aspectos históricos y antropológicos de las comunidades, pues sus exponentes consideran que la concepción generacional de lo que significa una vida digna o buena está íntimamente ligada a la forma en que los individuos razonan.

Ferdinand Tönnies, sociólogo alemán y precursor del pensamiento comunitarista, propuso una distinción entre los conceptos de comunidad y

³³ Cfr. Arendt, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, México, Paidós, 2018; MacIntyre, Alasdair, *After virtue. A study in moral theory*, 3a. ed., Indiana, Notre Dame University Press, 2007; Sandel, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2013.

sociedad, definiendo a la comunidad como vida real y orgánica, mientras que a la sociedad la catalogó como algo artificial, describiéndola como una formación ideal y mecánica. De manera textual, Tönnies sostuvo que “[...] *toda vida de conjunto, íntima, interior y exclusiva, deberá ser entendida [...] como vida en comunidad. La sociedad es lo público, el mundo. Uno se encuentra en comunidad desde el nacimiento, con todos los bienes y males a ello ajenos.*”³⁴

Asimismo, acuñó el concepto de *consuetud*, el cual resulta sinónimo de lo que actualmente entendemos por costumbre; la *consuetud*, en el pensamiento de este autor, constituye fuente del derecho, el cual es entendido en función de las características particulares de cada comunidad.³⁵

Alasdair MacIntyre, otro destacado exponente del pensamiento comunitarista, considera que el razonamiento práctico, en su sentido individual o independiente, debe concebirse como el ejercicio de las facultades humanas de racionalidad en culturas y economías muy distintas, el cual se encamina al florecimiento o plenitud de la actividad humana. Sin embargo, apunta, éste es distinto en un contexto u otro, puesto que de acuerdo a la cultura y la vinculación de ésta con la economía, la persecución de ciertos bienes puede variar en razón de la propia clasificación sobre la concepción del *bien* o *bueno* que el autor construye de forma tripartita.³⁶

MacIntyre considera que existen al menos tres maneras de concebir lo *bueno*. La primera corresponde a una concepción de lo *bueno* como *medio*, es decir, se refiere a aquellas cosas *buenas* que son útiles para obtener algo más, que es un *bien* en sí mismo. Esta acepción de la *bondad* tiene un enfoque material de lo *bueno* en cuanto su utilidad. En segundo término, plantea una concepción de lo *bueno* como aquella característica propia del ser que resulta útil para obtener *bienes* propios de alguna actividad. Esta acepción es naturalmente práctica –en el

³⁴ Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y Sociedad*, Buenos Aires, Losada, 1947, pp. 19-20. Las ideas de Tönnies guardan estrecha relación con la teoría de las fuentes del derecho que, junto con la legislación y la jurisprudencia, consideran a la costumbre como fuente formal.

³⁵ *Ibidem*, p. 278.

³⁶ MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001, p. 95.

sentido de actividad– sin embargo, puede perseguir fines que no resulten *buenos* en sí mismos; por ejemplo, alguien puede ser *bueno* para robar, sin embargo, el fin no responde a la búsqueda de un *bien*, sino todo lo contrario. La tercera y última forma de concebir lo *bueno* según este autor, es mediante el juicio realizado sobre lo que es *mejor ser, hacer o tener* para un individuo o un grupo, no sólo como agentes que participan en una u otra actividad, en uno u otro rol o roles, sino como seres humanos. En palabras de MacIntyre “[...] éstos son juicios sobre el *florecimiento humano*.” Ésta última puede comprenderse como una acepción de lo *bueno* en cuanto a la necesidad de la *bondad* como fin último de toda actividad humana.³⁷

Abundando en los postulados de la teoría comunitarista como alternativa al pensamiento liberal, citaré las aportaciones de Michael Walzer, quien desarrolló una teoría de los *bienes* mediante la cual plantea seis proposiciones que justifican su razonamiento sobre el tema con base en una íntima relación de los *bienes* con la *justicia distributiva*.

Primeramente, el autor señala que los *bienes* tienen un carácter social, toda vez que surgen de procesos sociales. En segundo lugar, Walzer sostiene que al ser éstos meramente sociales, los individuos asumen identidades concretas por la forma en que perciben, generan, adquieren y utilizan dichos *bienes*. En tercer término, indica que atendiendo a la existencia de una amplia variedad de fórmulas de jerarquía, no se puede afirmar la existencia de un conjunto de *bienes básicos o primarios*. En cuarto lugar, menciona que la significación que se les atribuye a los *bienes* es lo que permite jerarquizarlos y concebirlos como *bienes* sociales. Como quinto punto, el autor atribuye un carácter histórico a los *bienes*, en función del cual son concebidos como tales. Por último, establece la existencia de varios conjuntos de *bienes* a su vez ligados a distintas *esferas distributivas*, las cuales se construyen con base en criterios distintos para realizar la distribución de los mismos.³⁸

³⁷ *Ibidem*, pp. 84-85.

³⁸ Cfr. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, 3a. ed., trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 19-24.

Con esta breve exposición de las ideas centrales del comunitarismo con base en las referencias de las ideas de algunos de sus más influyentes exponentes es posible resaltar tres grandes rasgos de esta corriente de pensamiento.

En primer término, la *comunidad* corresponde a la naturaleza propia del ser humano como ser social, por lo tanto, la *comunidad* es previa al Estado, lo cual echa por tierra la metáfora del estado de naturaleza como estadio humano previo al *contrato social*, pues esa hipotética realidad, construida por los autores liberales clásicos, parte de una concepción del individuo aislado. Este separatismo obliga a concebirnos como seres desvinculados entre sí, lo que paradójicamente implicaría que los individuos dependen en mayor medida del Estado –a pesar de que el *liberalismo* predique la idea de un Estado mínimo– a efecto de que éste garantice la protección de sus bienes y vidas a través de su poder coactivo emanado del contrato social y fundado en el derecho.³⁹

Un segundo aspecto, consiste en que el comunitarismo difiere del racionalismo liberal que predica la universalidad de la forma en que los individuos captan y persiguen los *bienes* a través de la razón práctica. Para los comunitaristas, la razón práctica se ve fuertemente influenciada por la pertenencia del individuo a un ente comunal.

Por último, el comunitarismo parte de la idea de que los individuos, por consecuencia misma de la influencia en la captación y persecución de los *bienes* por su pertenencia a un ente comunal, jerarquizan dichos bienes de distintas maneras.

Por su parte, el multiculturalismo se ha encargado de analizar las problemáticas que padecen las minorías culturales y/o étnicas en los Estados, pues considera que desde la visión liberal, dichas problemáticas –específicas y particulares– han sido históricamente englobadas en el marco de las circunstancias sociales generales. En ese sentido, los exponentes de esta corriente de pensamiento consideran que los órganos del Estado pretenden

³⁹ Walzer, Michael, "The Communitarian Critique of Liberalism", *Political Theory*, vol. 18, núm. 1, febrero de 1990, pp. 6-23, <http://www.jstor.org/stable/191477>.

resolver problemas específicos con políticas generales, las cuales resultan ineficaces por las características propias de los problemas que padecen las minorías nacionales y grupos étnicos en razón de sus costumbres, jerarquización axiológica e identidades propias.⁴⁰

Para los multiculturalistas, el reconocimiento de la existencia de diversas *naciones* dentro de un mismo Estado es el primer paso para el sano ejercicio de los derechos tanto individuales como colectivos. Así, un Estado que se reconoce a sí mismo como multicultural y reconoce derechos en función del grupo, tiene mayores posibilidades de generar escenarios de igualdad.

Encontramos en un texto del filósofo político canadiense Will Kymlicka, un fragmento que resume la crítica al liberalismo desde esta ideología:

En casi todas las teorías liberales [...] [g]eneralmente, lo que comienza como una teoría sobre igualdad moral de las personas, termina siendo una teoría de la igualdad moral de los ciudadanos. Los derechos básicos que el liberalismo confiere a los individuos resultan finalmente estar reservados solo para unos individuos, principalmente a quienes son ciudadanos del Estado.⁴¹

El párrafo antes reproducido expone una de las grandes debilidades del pensamiento liberal, que consiste en la dilución de la importancia de la condición de persona como consecuencia de un reducido esfuerzo por explicar de forma clara y precisa su distinción del concepto de ciudadanía. En la gran mayoría de los textos de autores liberales, persona y ciudadano se presentan como sinónimos.

Por lo tanto, la oferta que esta corriente de pensamiento ofrece trasciende los límites de la individualidad humana en aras de generar un proyecto de justicia bajo un enfoque diferenciado.

⁴⁰ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 26-52.

⁴¹ Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, trad. de Karla Pérez Portilla, Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

La posición más crítica a la oferta liberal es sin duda la que promulgan las distintas teorías que se identifican bajo la etiqueta de filosofías de la liberación y de la descolonización.

En atención a que la presente investigación se centra en algunas reflexiones en torno a los Estados constitucionales latinoamericanos, es preciso exponer bajo este rubro el pensamiento del sociólogo del derecho portugués Boaventura de Sousa Santos, cuyas ideas han influido de manera importante en los procesos constituyentes de algunos países de la región.

La propuesta de este autor resulta una afrenta al *estado del arte* de las ciencias y los efectos de la dominación de un modelo que produjo la inevitable transición que se ha estado gestando desde hace algunas décadas –principalmente en Occidente– y que supuestamente acarreará una nueva configuración de las distintas disciplinas científicas bajo un esquema de entrelazamiento de las mismas debido al resurgimiento de las investigaciones humanistas.

El autor resume su hipótesis de la transición del paradigma científico en los siguientes puntos:

[...] comienza a dejar de tener sentido la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales; [...] la síntesis que habrá entre ellas tiene como polo catalizador a las ciencias sociales; [...] las ciencias sociales tendrán que rechazar todas las formas de positivismo lógico o empírico o de mecanicismo materialista o idealista con las consecuente revalorización de lo que se convino en llamar humanidades o estudios humanísticos [...]⁴²

Así, de Sousa construye la justificación de su posición mediante el análisis de lo que denomina el *paradigma dominante*, basado en el modelo de racionalidad de la ciencia moderna fuertemente influenciado por el positivismo lógico de raíz

⁴² De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*, José Guadalupe Gandarilla Salgado (ed.), México, Siglo XXI, CLACSO, 2018, pp. 20-21.

liberal, al cual califica de totalitario por la permanente negación de catalogar como conocimiento científico todo aquel que no fuera generado conforme a sus principios epistemológicos y reglas metodológicas.

El autor utiliza los conceptos de dogma o dogmatismo para así calificar a la ciencia moderna, misma que desprecia las evidencias que se obtienen por medio de la experiencia inmediata, considerando que éstas no pueden considerarse útiles debido a que no fueron sometidas al tamiz del método de observación experimental como el único fiable para la obtención de información que puede convertirse en verdadero conocimiento científico.

Por lo tanto, la ciencia moderna parte de la clara distinción o separación entre la naturaleza y el ser humano, lo que da cuenta de la cosmovisión antropocéntrica de corte liberal. El paradigma dominante estudia y pretende conocer el mundo a través de leyes universales que se formulan mediante la disección de los objetos, elementos y fenómenos que lo componen. Para el científico moderno todo es mensurable, y es precisamente la posibilidad de medir las cosas lo que permite tener certeza de lo que son. Conocer significa cuantificar.

Señala de Sousa que la ciencia moderna se basa en la reducción de la complejidad y ha decretado la relevancia del carácter absoluto de la posición y el tiempo como elementos indispensables para saber *cómo funcionan* las cosas. Es un modelo que a su vez resulta insuficiente y temeroso de cruzar las fronteras de la intencionalidad o finalidad de los objetos o fenómenos que estudia. Así, afirma el autor que “[u]n conocimiento basado en la formulación de leyes tiene como supuesto metateórico la idea de orden y de estabilidad del mundo, la idea de que el pasado se repite en el futuro.”⁴³

En ese sentido, el autor abunda en su crítica al paradigma dominante y su determinismo mecanicista que tiene por objetivo dominar y transformar la realidad y la naturaleza con una finalidad utilitaria y funcional en beneficio de ciertos intereses vinculados al sistema capitalista imperante.

Con base en las reflexiones anteriores, de Sousa afirma que el paradigma dominante, al igual que el liberalismo, experimenta una crisis causada por una

⁴³ *Ibidem*, p.26.

pluralidad de condiciones tanto sociales como teóricas. Crisis que es resultado de los grandes avances en el conocimiento propiciados por el propio modelo, que a su vez permitieron identificar sus debilidades y límites.

A su vez, el proceso de industrialización de la ciencia trajo consigo su politización, cuyas consecuencias trascendieron a la preservación del *statu quo* y a una mayor acentuación de las disparidades en la distribución del poder político y económico en las naciones. Condiciones que las filosofías de la liberación y de la descolonización atribuyen a un orden imperante que encuentra su génesis en el liberalismo y su dominio como teoría política.

En ese sentido, de Sousa plantea el surgimiento de un paradigma emergente que habrá de sustituir al hasta el momento dominante. Transición que no se limitará al plano de la producción del conocimiento científico, sino que trascenderá hacia el terreno de la política, la moral y el derecho. En suma, un cambio de paradigma en la idea misma de la justicia.

I.4 Propuestas teóricas sobre los derechos humanos

En la actualidad, tanto los movimientos activistas en pro de los derechos humanos y, hasta cierto punto, las y los operadores jurídicos, cuando se refieren o abanderan la causa de la salvaguarda, promoción, respeto y progresividad de los derechos humanos, lo hacen desde una visión reductivista, limitada a los derechos reconocidos en los sistemas jurídicos nacionales y en los instrumentos internacionales de la materia. Sin embargo, una correcta defensa y promoción de los derechos humanos requiere entenderlos desde el plano filosófico-teórico, para lo cual es indispensable estudiar las distintas ideologías que proponen teorías sobre su justificación y existencia, que explican su importancia y proponen las metas que deben fijarse en torno a ellos.⁴⁴

La teoría de los derechos humanos es vasta y diversa, pues existen un gran número de posiciones desde las cuales se aborda su estudio, cada una de ellas

⁴⁴ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 27.

asemejándose a una arista que inicia desde un enfoque distinto pero que finalmente converge en el núcleo de los derechos humanos, a ese al que todas y cada una de las aproximaciones teóricas arriban como conclusión; esta es, la dignidad de las personas.

Asimismo, la construcción teórica de los derechos humanos desde el inicio de la Modernidad se ha ido nutriendo de los postulados de las corrientes de pensamiento que han sido referidas en los anteriores apartados, lo que a su vez ha influenciado de manera importante la teoría jurídica.

En primer término, considero importante destacar que la teoría de los derechos humanos, si bien ha sido depositada en el ámbito de la teoría jurídica, desde sus orígenes y buena parte de su desarrollo ha sido ajena al pensamiento jurídico. Los pensadores que a lo largo de la historia propusieron ideas que hoy en día han sido utilizadas para la fundamentación de la teoría de los derechos humanos, en su mayoría, no eran juristas, sino teóricos políticos y filósofos.⁴⁵

Estas y otras tantas propuestas han servido para proponer soluciones a las problemáticas que el derecho se ha enfrentado, así como para una correcta teorización de los derechos humanos, pues a las distintas aproximaciones tanto filosóficas como políticas que han surgido en torno al tema se suman las propuestas surgidas en la dogmática jurídica.

La importancia de tratar tanto las distintas teorías de los derechos humanos como la raíz ideológica que subyace a cada una de ellas es una cuestión fundamental para su adecuada comprensión. Al respecto, Samuel Moyn apunta que

No cabe duda que, a lo largo de milenios, se han promovido numerosas cosmovisiones acerca de la justicia, pero el hecho fascinante y decisivo es lo diferentes que son unas de otras. Lo que realmente necesitamos

⁴⁵ Es el caso de Kant y su teoría del derecho y la moral, en la cual plantea el valor del ser como fin en sí mismo y no como medio. En el mismo sentido, la escolástica racionalista de Santo Tomás de Aquino también ha sido recogida por varios teóricos del derecho para buscar la fundamentación de sus propuestas teóricas sobre los derechos humanos.

entender es cómo, en el enfrentamiento entre distintos universalismos, optamos por uno al que llamamos “derechos humanos”.⁴⁶

Cabe precisar que a lo largo del presente trabajo me habré de referir en todo momento a los *derechos humanos* como tales y no como *derechos fundamentales*. Lo anterior, debido a que si bien existe una distinción conceptual que diversos autores han desarrollado con gran precisión, misma que en términos simples radica en la positivización de unos y otros, considero que para los fines que persigue la presente investigación, el concepto de *derechos humanos* permite dimensionar de mejor forma aquellas condiciones que le son inherentes al concepto sin importar la postura epistémica desde el cual se analicen, ya que podemos afirmar que “[...] *los derechos humanos son una categoría más amplia, [que los derechos fundamentales] debido a que no son jurídicos, o si se prefiere [...] son pre-positivos, ya que en éstos debemos incluir, por ejemplo, a los llamados derechos morales o naturales.*”⁴⁷

En ese sentido, las clasificaciones sobre las distintas aproximaciones teóricas de los derechos humanos resultan un ejercicio constante por los estudiosos del tema. Sin embargo, para los fines de este trabajo habremos de adherirnos a la propuesta de Ramírez García y Pallares Yabur⁴⁸, quienes proponen una categorización de las distintas teorías de los derechos humanos que habremos de explicar de manera sucinta, refiriendo brevemente sus principales postulados y algunos de sus exponentes.

⁴⁶ Moyn, Samuel, “Derechos humanos: Orígenes, posibilidades y límites”, trad. de Agnes Mondragón Celis, en Cossío, José Ramón, *et al.*, *Derecho y cambio social en la historia*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, 2019, p. 237.

⁴⁷ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. “Una toma de postura a la luz del realismo jurídico clásico”, en Vázquez Gómez Bisogno, Francisco (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 173.

⁴⁸ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford University Press, 2018, pp. 40-55.

Teorías legales. Aquellas que sostienen que los derechos humanos carecen de entidad jurídica y, por tanto, no es hasta su positivización que surgen como prerrogativas exigibles. Claramente, esta aproximación teórica se encuentra fundada en el positivismo jurídico.

El representante más destacado del positivismo jurídico durante el siglo XX fue el jurista austriaco Hans Kelsen; quien al desarrollar su conocido binomio *derecho subjetivo y objetivo*, sostuvo lo siguiente:

Si se puede hablar de autodeterminación del individuo en el ámbito del derecho [...] hay que subrayar, no obstante, que dicha autonomía existe solo en un sentido limitado e impropio, ya que nadie puede concederse derechos a sí mismo puesto que existe un derecho de alguien únicamente bajo el supuesto de que otro tenga un deber, y esa relación jurídica solo puede nacer de acuerdo con el ordenamiento jurídico objetivo [...].⁴⁹

Esta cita de Kelsen expone de manera clara la posición iuspositivista respecto de los derechos humanos. Sin positivización del derecho subjetivo, no existe tal, pues eso implicaría la ilimitada autodeterminación de la persona para dotarse de derechos, que atenta contra la pureza de la ciencia jurídica fundada en la corrección procedimentalista que dotan de validez y legitimidad a las normas jurídicas de las cuales estos emanan.

Teorías subjetivas. Se fundamentan en el principio de autonomía personal, mediante el cual toda persona es libre de elegir o determinar el grado de rectitud de sus conductas. Esto, como consecuencia de la inexistencia de parámetros morales objetivos que pudieran definir de forma universal y ante cualquier contexto, lo que es bueno o malo.

⁴⁹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 69.

En ese sentido, es claro que las teorías subjetivas parten de un constructivismo ultraracionalista que encuentra en el imperativo categórico kantiano la más importante fuente de sus postulados.

Sobre esta posición, resulta referencia obligada la frase inicial de la Introducción del libro de Carlos Santiago Nino *Ética y derechos humanos*, en la que el iusfilósofo argentino lapidariamente sostiene que resulta “[...] *indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización*”.⁵⁰

Teorías intersubjetivas. Aquellas que reconocen las diversidades axiológicas y morales de las sociedades. Similar a las subjetivas pero se diferencian en el hecho de que se fundan en una ética discursiva que pretende lograr una mayor equidad con base en criterios de legitimidad de las normas.

Teorías éticas o axiológicas. De forma muy general, estas teorías consideran que “[...] *el origen y la justificación de los derechos humanos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico* [...]”⁵¹. Es decir, asumen la innegable existencia de ciertas condiciones mejores que otras para lograr una vida digna, y que éstas, no son definidas por las normas, sino que pueden identificarse aún sin la ayuda del derecho.

Teorías objetivas. Se fundan en la presunción de que todo ser humano con un mediano nivel de capacidad racional, puede generar juicios prácticos que inevitablemente le permitirán percibir la existencia de ciertos bienes humanos básicos que es necesario satisfacer para poder aspirar a una vida digna.

La más clara exposición de esta aproximación teórica nos la ofrece John Finnis, quien fundamenta filosóficamente los derechos humanos a través de la razón práctica, considerando que ésta puede encontrarse sana, distorsionada o deficiente, sin embargo, lo que resulta innegable es su existencia, así como lo es el hecho de la existencia propia del ser. *Un ser razona, porque existe.*

Finnis sostiene que existen siete bienes humanos básicos de los cuales derivan los derechos humanos, a saber, i) la vida; ii) el conocimiento; iii) el juego;

⁵⁰ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 1.

⁵¹ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos...*, cit.

iv) la experiencia estética; v) la sociabilidad; vi) la razonabilidad práctica y vii) la religión⁵². Para el autor, la captación y persecución de estos bienes humanos básicos tienen un carácter universal; pues ello es resultado de las valoraciones que todo individuo realiza a través de juicios –de razón práctica– que permiten acreditar o desacreditar las virtudes o deficiencias respecto de *algo*. Es a través de los juicios de la razón práctica que los seres humanos determinan desde las circunstancias más elementales de su vida hasta las más complejas. Por lo tanto, la razón práctica permite a los seres humanos identificar los bienes indispensables para su supervivencia, y por ende, a través de dichas valoraciones se puede iniciar el análisis de aquello que constituye el núcleo de los derechos humanos, la dignidad de las personas.

Este breve recorrido teórico nos permite entender la magnitud del universo compuesto por las ideas sobre los derechos humanos existentes y de los distintos puntos de partida que se ofrecen para su explicación. Un discurso presente de manera difusa a lo largo de la historia, pero que en la Modernidad encontró su verdadero desarrollo teórico. Así, las galaxias que componen este universo son tan vastas como las conformadas por cuerpos celestes que, al igual que los derechos humanos, la humanidad aspira conquistar.

I.5 Una breve conclusión

Hasta aquí me he dado a la tarea de realizar una breve exposición de la Modernidad como periodo histórico en el que surgió, evolucionó, maduró y se diversificó el pensamiento liberal que recientemente se ha visto azotado por una crisis de legitimidad que desde el plano fáctico–social fue gestándose y que se nutrió de las críticas que distintas alternativas teóricas le han dirigido por varias décadas.

Asimismo, apunté tres movimientos alternativos o contrarios al pensamiento liberal que a mi juicio son los que mayores adherencias han logrado adquirir en el

⁵² Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, *passim*.

desarrollo teórico tanto de la justicia como de los derechos humanos. El comunitarismo, el multiculturalismo y las filosofías de la liberación y de la descolonización sin dudas se han consolidado como opciones distintas a los postulados liberales y sus ideas han encontrado asidero en diversas propuestas teóricas de los derechos.

Por último, y siguiendo la hoja de ruta construida por los doctores Ramírez García y Pallares Yabur, he realizado una sucinta exposición de los distintos enfoques teóricos en torno a los derechos humanos que podemos identificar en la dogmática jurídica, los cuales, como mencioné, distan, en ocasiones diametralmente, en los presupuestos de fundamentación, justificación, vigencia, eficacia y validez de los derechos. Sin embargo, todas y cada una de las teorías coinciden en que el núcleo duro de los derechos es el valor de la dignidad humana.

En el siguiente capítulo, siguiendo la misma dinámica del que en estas líneas concluye, realizaré un ejercicio descriptivo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Si la naturaleza ha distribuido a los pueblos de la tierra en diversos continentes, la unidad del género humano y la dignidad de cada ser humano constituyen para nuestros amigos americanos postulados indiscutibles.*⁵³

Las ideas liberales de la Modernidad lograron una aceptación casi global, aun cuando se le identifique como una filosofía occidental y eurocéntrica, lo cierto es que muchas naciones, por el simple hecho de formar parte del conjunto de países que unieron esfuerzos para la creación de la Organización de las Naciones Unidas, de una u otra forma adoptaron, en mayor o menor medida, los postulados fundacionales liberales de la organización como guía para sus transformaciones internas. Pues los compromisos llenaban un vacío histórico que consistía en el hecho de que

[...] durante casi un siglo, entre la consolidación de los estados liberales y la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos fueron vistos en general como dominio exclusivo del Estado y que esta situación podía cambiar sólo por una violación excesivamente dramática y atroz de los derechos humanos, ante lo cual los estados democráticos se mostraran impotentes [...]⁵⁴

⁵³ Extracto del discurso pronunciado por el Profesor René Cassin en la Primera Sesión Plenaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, celebrada el 08 de noviembre de 1969, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

⁵⁴ De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, ILSA, 1998, p.180, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/La_globalizacion_del_derecho_Los_nuevos_caminos_de_la_regulacion_y_la_emancipacion.pdf

Así, tras la reflexión de la segunda posguerra, las personas son concebidas como sujetos de derecho internacional, lo cual significó una total vuelta de tuerca a la lógica de la relación Estado–gobernados tanto en el plano nacional como en el internacional. En ese sentido, fueron suscribiéndose tratados, convenciones y demás ordenamientos jurídicos internacionales que han dado origen a diversos compromisos y obligaciones por parte de los Estados con relación al reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Mediante la suscripción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se inició la construcción de una protección multinivel que derivó en el surgimiento del sistema universal y de los sistemas regionales que fueron compuestos tanto por los Estados como por los organismos que se encargan de su funcionamiento en la esfera internacional, a quienes se les asignaron las funciones de protección, vigilancia y seguimiento de los compromisos asumidos por naciones en la materia.

Entre dichos organismos internacionales se encuentran los tribunales a los que los Estados aceptaron voluntariamente someterse a su jurisdicción asumiendo la posibilidad de ser condenados mediante las resoluciones que al efecto dictaran dichos órganos respecto de las eventuales denuncias por violaciones de derechos humanos en los que se determinara su responsabilidad.

II.1 Antecedentes

La integración de un sistema regional de protección de los derechos humanos en nuestro continente encuentra su primer antecedente en la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y la Paz que tuvo verificativo en el año 1945, en Chapultepec, Ciudad de México, durante la cual surgió por vez primera la idea de asentar los derechos del hombre y de la mujer en un instrumento internacional de alcances regionales para Latinoamérica. Sin embargo, no fue sino hasta el año 1948, durante la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá, Colombia, cuando se discutieron diversos documentos que sentaron las

bases del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), de los cuales merecen especial mención la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁵⁵

Cabe mencionar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “[...] *no fue aprobada como una convención con efectos vinculantes para los Estados, sino que fue consagrada como una declaración que definía los medios para fortalecer el compromiso de los Estados con los derechos y libertades individuales y sociales*”.⁵⁶

En dicho documento se estableció 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.⁵⁷ Por lo tanto, los Estados americanos reconocieron que cuando se legisla en esta materia, no se crean o conceden derechos sino que se reconoce los que existen independientemente de la formación del Estado.

La Organización de Estados Americanos (OEA) creada en Bogotá representa una unión regional desarrollada para lograr una orden de paz y de justicia, fomentar y defender la soberanía de las naciones de la región, su integridad territorial y su independencia, tal y como lo refiere el artículo 1o. de la Carta.

Sin embargo, el documento que habría de consolidar al Sistema Interamericano sería la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (CADH) adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la Ciudad de San José, Costa Rica,

⁵⁵ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, pp. 35-36.

⁵⁶ Arias Ospina, Felipe y Galindo Villarreal, Juliana, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Guerra López, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2017, p. 18.

⁵⁷ Recordando las ofertas teóricas de fundamentación de los derechos humanos analizadas en el capítulo precedente, podríamos considerar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 tuvo una clara influencia de las teorías éticas o axiológicas.

durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Documento que consagra en su primera parte la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. La CADH, también conocida como Pacto de San José, es un tratado internacional vinculante que regula la integración y funcionamiento del SIDH, estableciendo los órganos que lo componen, sus competencias y los mecanismos jurídicos y administrativos para que las personas puedan acceder a él.

Asimismo, el Sistema se ha enriquecido con la aprobación de varios otros instrumentos jurídicos que se orientan a la tutela de los derechos de ciertos grupos en especial situación de vulnerabilidad, a partir de los cuales se ha ido dando un contenido específico a las obligaciones ya expresadas en la Convención.

El reconocido jurista mexicano y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) Sergio García Ramírez sostiene que un verdadero sistema internacional-regional de protección de los derechos humanos se integra de tres elementos, a saber, uno ideológico con raíz filosófica y aplicación práctica, uno normativo y uno político-operativo.⁵⁸

Respecto del componente ideológico, consiste en la noción que se tiene acerca de la preeminencia del ser humano en la estructura de los Estados, lo cual implica colocar en primer término al individuo y razonar en el hecho de que el Estado y la sociedad se conforman para servir a la persona y proteger sus derechos.⁵⁹ Esto, sin duda, es una visión claramente influenciada por el pensamiento liberal y su visión antropocéntrica de corte individualista.

En cuanto al elemento normativo, consiste en que la regulación, tanto en plano nacional como en el internacional-regional, recoge la ideología en la que reposa el Sistema. Los tratados sobre derechos humanos, apunta García Ramírez, son instrumentos especiales respecto de otros convenios internacionales, en razón de tener como objeto la protección del ser humano; son

⁵⁸ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la...*, op cit., pp. 39-40.

⁵⁹ *Idem*.

cuerpos vivos –*living instruments*–, pues al igual que las constituciones, en todo momento evolucionan, se transforman, son objeto de relecturas y su interpretación no puede entenderse atemporal.⁶⁰

Por lo tanto, la interpretación de los tratados sobre derechos humanos se efectúa a la luz del principio *pro persona*. Esto quiere decir que la lectura que se realice de los mismos debe buscar en todo momento el mayor beneficio del ser humano en cuanto a la tutela de sus derechos de refiere.

El principio *pro persona* no sólo es una herramienta hermenéutica o una regla de interpretación, sino también consiste en una regla de elaboración de normas. Este proyecto *pro persona* adquiere aspectos particulares cuando se aplica a ciertos grupos específicos en situación de vulnerabilidad –mujeres, niños, personas con discapacidad, pueblos indígenas, migrantes, etcétera– es decir, se aplica para lograr una protección o tutela más precisa y amplia, pues procura atender a la condición específica del sujeto perteneciente al grupo.

Asimismo, señala el jurista mexicano, los tratados sobre derechos humanos deben leerse en el contexto del actual derecho internacional, es decir, al momento de aplicar una norma de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta debe contrastarse o contextualizarse con conceptos que le son ajenos.

Por último, en cuanto al elemento político-operativo, este se compone de los órganos que componen al Sistema.⁶¹

II.2 Integración del SIDH

La Organización de Estados Americanos. Como se precisó previamente, es un órgano internacional de corte político, que tiene como principal objetivo brindar estabilidad a la región americana a través de la promoción de la convivencia pacífica, la vida democrática, la solidaridad regional, la libertad y seguridad de las personas y la justicia social.⁶²

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

⁶² Carta de la Organización de los Estados Americanos, Preámbulo.

La Organización actualmente se compone de treinta y cinco Naciones que han suscrito y ratificado la Carta de la Organización de Estados Americanos. Estos son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.⁶³

Sin embargo, no todos los Estados miembros de la Organización se encuentran jurídicamente vinculados al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, sus órganos internos son:

- La Asamblea General, que es el órgano supremo de toma de decisiones⁶⁴;
- La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, cuyo objetivo es el de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos, y para servir de Órgano de Consulta⁶⁵;
- Los Consejos, mismos que tienen la competencia que a cada uno de ellos asigna la Carta y otros instrumentos interamericanos, así como las funciones que les encomienden la Asamblea General y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁶⁶;

⁶³ Información disponible en: http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp

⁶⁴ Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 54.

⁶⁵ *Ibidem*, art. 61.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 70.

- El Comité Jurídico Interamericano, el cual sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, a efecto de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, así como estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente⁶⁷;
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- La Secretaría General, que es el órgano central y permanente de la Organización de los Estados Americanos y ejerce las funciones que le atribuyen la propia Carta, otros tratados y acuerdos interamericanos y la Asamblea General⁶⁸ ;
- Las Conferencias Especializadas, que consisten en reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los consejos u Organismos Especializados⁶⁹, y
- Los Organismos Especializados, que son de naturaleza intergubernamental establecidos por acuerdos multilaterales que tienen funciones específicas en materias técnicas de interés común para los Estados americanos⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, art. 99.

⁶⁸ *Ibidem*, art. 107.

⁶⁹ *Ibidem*, art. 122.

⁷⁰ *Ibidem*, art. 124.

Los Estados parte. No todas las naciones que forman parte de la OEA se encuentran sujetos a las disposiciones y órganos del SIDH, pues únicamente lo componen y se encuentran vinculados jurídicamente a él, aquellos que han suscrito y ratificado los instrumentos jurídicos vinculantes que conforman el *corpus iuris* interamericano en materia de derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH). La Comisión es un órgano creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y funge como órgano consultivo de la OEA en esta materia.⁷¹

Su sede se encuentra ubicada en la ciudad de Washington, Estados Unidos de América y se integra por siete miembros con alta autoridad moral y versación en derechos humanos que duran en su encargo cuatro años con la posibilidad de reelección en una sola ocasión.⁷²

La Comisión ejerce competencias de promoción y protección de los derechos humanos y se rige por un Estatuto y un Reglamento. Asimismo, cuenta con diversas relatorías cuya función consiste en emitir documentos de gran valor sobre temas específicos –de derechos humanos–. Actualmente existen relatorías sobre los siguientes temas⁷³:

- Relatoría sobre los Derecho de los Pueblos Indígenas;
- Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres;
- Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes;
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión;
- Relatoría sobre los Derechos de la Niñez;

⁷¹ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 1.1.

⁷² Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. 1.3 y 2.1.

⁷³ Información disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>

- Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos;
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad;
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial;
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex;
- Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales;
- Relatoría sobre Memoria, Verdad y Justicia;
- Relatoría sobre Personas Mayores, y
- Relatoría sobre Personas con Discapacidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es la institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH y del *corpus iuris* interamericano en materia de derechos humanos.⁷⁴

Tiene su sede en la ciudad de San José, Costa Rica, y se integra por siete jueces, quienes son juristas con una amplia trayectoria y reconocimiento en materia de derechos humanos que son propuestos por cada uno de los Estados miembros; su elección es potestad del pleno de la Organización de Estados Americanos, mediante votación secreta y por mayoría absoluta.

⁷⁴ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 1o.

Las y los jueces de la Corte duran en su encargo seis años con posibilidad de una reelección y en la integración de la Corte no puede haber dos jueces de una misma nacionalidad.

En términos de lo dispuesto por el artículo 2o. de su Estatuto, la Corte tiene funciones de corte jurisdiccional y consultiva. Sin embargo, conforme al artículo 63 de la Convención, la Corte también puede tomar medidas provisionales en casos urgentes que no formen parte de algún caso que se encuentre conociendo, siempre y cuando éstas le sean solicitadas por la Comisión.

En ese sentido, la Corte IDH tiene las siguientes competencias:

- Consultiva. Emite opiniones respecto de las consultas que le son formuladas por los Estados parte, sobre temas de gran relevancia en materia de derechos humanos.
- Contenciosa. Resuelve bajo una lógica netamente jurisdiccional los casos que le son remitidos por la Comisión una vez agotadas las instancias domésticas y el procedimiento ante dicho órgano consultivo.
- Preventiva. Emite medidas provisionales encaminadas a evitar la continuidad de la violación de los derechos humanos en casos de extrema urgencia, previa solicitud de la Comisión.

II.3 Algunas líneas jurisprudenciales de la Corte IDH

En nuestros tiempos, los tribunales cumplen un papel de enorme importancia, pues vivimos la era del Estado constitucional, que es a su vez es la era de las y los jueces, de la defensa de la democracia y de la defensa de los derechos humanos. En ese sentido, han surgido instancias jurisdiccionales en el plano internacional con el objeto de proteger los derechos humanos más allá de las fronteras nacionales.

A lo largo de su historia, la Corte ha dictado sentencias que se relacionan con innumerables temáticas de las que se han desprendido criterios que han sido fundamentales para el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos en la región latinoamericana.

A través de la jurisprudencia de la Corte, la CADH se ha convertido en un instrumento dinámico, pues mediante ejercicios interpretativos su texto se ha adaptado a los nuevos desafíos sociales y a la promoción de la transición hacia la preservación del Estado de derecho que exige el modelo constitucional y la democracia en nuestra región.

Aunque no es el objetivo de este estudio ahondar en todas y cada una de las líneas jurisprudenciales que el Tribunal Interamericano ha construido desde sus inicios, a continuación se referirán tres de las que han impactado de manera importante al interior de los países de la región con relación al objeto del que trata esta investigación y resaltando los argumentos que han sustentado los criterios de la Corte sobre tales aspectos. Esto, con la finalidad de conocer el *estado del arte* de la jurisprudencia interamericana.

Obligaciones generales de los Estados. El desarrollo de los criterios sobre este aspecto surge de las interpretaciones que la Corte IDH ha realizado de los artículos 1o. y 2o. de la CADH, de las que se han desprendido las siguiente sub-categorías:

- **Respeto.** Tal y como sentencia García Ramírez “[l]a obligación de respeto, que posee un carácter preponderantemente –aunque no exclusivamente negativo (abstenciones), implica el deber estatal de observar los derechos y libertades mencionados en el tratado [CADH]”.⁷⁵ Sobre el particular, al resolver el Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras, en el año de 1988, la Corte realizó un análisis del artículo 1.1 de la Convención, adoptando el siguiente criterio

⁷⁵ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la...*, op cit., p.106

162. Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.⁷⁶

Sin embargo, recientemente, al resolver el Caso López Soto y Otros Vs. Venezuela, la Corte amplió el alcance de la obligación de respeto por parte de los Estados miembros del SIDH vinculando tal exigencia al establecimiento de límites en el ejercicio del poder estatal.⁷⁷

- **Garantía.** Es la obligación del Estado de organizar el aparato gubernamental y en general todas las estructuras a través de las cuales manifiesta el ejercicio del poder público de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En términos de la Corte

347. Este deber de “garantizar” los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. Por ejemplo, en casos de muerte violenta, la Corte ha considerado que la

⁷⁶ Criterio reiterado en: *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (Fondo)*, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo: 171; *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú (Fondo)*, sentencia del 19 de enero de 1995, párrafo 85; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 23 de agosto de 2013, párrafo 183; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 28 de agosto de 2013, párrafo: 225.

⁷⁷ “128. En cuanto al deber de respeto, la Corte ha sostenido que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”

realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.⁷⁸

De lo anterior se desprende que el deber de garantizar que corresponde a los Estados a su vez implica la ejecución de acciones que aseguren dicha obligación a través de la adopción de medidas internas, tanto legislativas como de políticas públicas encaminadas a dicho fin.

Independencia judicial. Aunque García Ramírez se refiere a esta categoría como Separación de Poderes, considero que es mejor referirnos a ella en términos de Independencia Judicial debido a que, en palabras del propio autor, “[e]l tema surge, sobre todo, a propósito de los órganos jurisdiccionales, que se ampara en la garantía de independencia prevista en el artículo 8.1 de la CADH.”⁷⁹ El Tribunal Interamericano ha emitido criterios encaminados a garantizar la independencia judicial mediante el establecimiento de lineamientos que aseguran el adecuado nombramiento, estabilidad y permanencia en el cargo de las y los juzgadores, evitando prácticas discrecionales.⁸⁰

Sobre la base de los razonamientos que paulatinamente fue configurando en varias de sus resoluciones, la Corte estableció el núcleo de su línea jurisprudencial en la sentencia del Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, al establecer los siguientes estándares:

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 17 de abril de 2015, párrafo: 347.

⁷⁹ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la...*, op cit, p. 116.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Del Tribunal Constitucional Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafos: 73, 74 y 75; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 05 de agosto de 2008, párrafos: 43, 44 y 138.

199. Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

La línea jurisprudencial presentada en este punto cobra particular importancia por su congruencia a la dinámica del modelo de Estado constitucional que se analiza en el siguiente capítulo, en el cual, anticipándome, las y los juzgadores asumen un papel protagónico.

Control de convencionalidad. El germen de la idea que habría de convertirse en la más relevante línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano, al grado de impulsar una transformación en la el entendimiento del derecho doméstico de las naciones latinoamericanas lo encontramos en el voto concurrente razonado del entonces juez interamericano, Sergio García Ramírez, en el Caso Mack Chang Vs. Guatemala, resuelto por la Corte de San José el 23 de noviembre de 2003. En el párrafo 27 de su voto, García Ramírez se pronunció en el siguiente sentido

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de

responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Este mismo razonamiento fue reiterado por el citado juzgador al emitir un nuevo voto concurrente respecto de la resolución recaída al Caso Tibi Vs. Ecuador, resuelto en sede interamericana el 07 de septiembre de 2004, en el que sostuvo que

La Corte Interamericana [...] analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos [...] El tribunal interamericano [...] pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Años después, en la sentencia del Caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile, el Tribunal Interamericano hizo suyo el razonamiento propuesto por García Ramírez en los votos concurrentes razonados previamente citados, emergiendo así la línea jurisprudencial del control de convencionalidad. De la resolución se desprende el siguiente criterio

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 están 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.⁸¹

Posteriormente, en el año de 2008, el Tribunal Interamericano cimentó jurídicamente el control de convencionalidad como un mecanismo vinculado a la adopción de medidas que se desprende de la obligación de garantía prevista en el artículo 2o. de la CADH, estableciendo que el control de convencionalidad se erige como un mecanismo que asegura la observancia de las normas internacionales sobre derechos humanos que pudieran ser anuladas o inobservadas “[...] *por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.*”⁸²

Es decir, en la citada resolución, la Corte de San José amplió el alcance del control de convencionalidad estableciendo que su aplicación no se limita a la función jurisdiccional, sino que debe exigirse a todos los *operadores de justicia*. Esto, sin definir quienes o qué instituciones o autoridades del Estado son considerados como tal.

Pero sin duda alguna, el criterio que habría de cimbrar por completo el entendimiento de la relación de subsidiariedad entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana por la vía del control de convencionalidad, es el que se desprende del caso Gelman, en el que la Corte estableció que el deber de realizar

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo: 124.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, párrafo: 180.

un control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.⁸³

De la breve exposición de estas tres líneas jurisprudenciales, es posible dar cuenta de la trascendencia que revisten las resoluciones de la Corte IDH para el entendimiento del derecho en América Latina. Sus criterios no sólo son orientadores para las autoridades y poderes de los Estados, sino que fungen como un estándar de desarrollo progresivo que incrementa la exigencia de adecuar sus sistemas jurídicos, generar políticas públicas y modificar su composición orgánica.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman Vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, sentencia del 24 de febrero de 2011, párrafo: 239.

SEGUNDA PARTE
CONSTITUCIONALISMO, CONVENCIONALIZACIÓN Y
RACIONALIDAD JURÍDICA EN LATINOAMÉRICA

CAPÍTULO TERCERO. ESTADO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICA

*[...] hoy en día no es posible practicar la filosofía del derecho sin una filosofía de la Constitución, no porque las Constituciones sean la “última palabra de la sabiduría”, sino porque dichas Constituciones fijan, de acuerdo con el principio de “supremacía de la Constitución”, el marco para todas las ramas del derecho [...]*⁸⁴

III.1 Del Estado legislativo al Estado constitucional

Durante el periodo de la Modernidad, la configuración del Estado ha transitado por distintas etapas, siendo la más reciente la transición del modelo de Estado legislativo al de Estado constitucional. De primera instancia podría pensarse que esta transición puede significar cosa menor más allá del cambio de nomenclatura, sin embargo, lo cierto es que esta nueva concepción del arquetipo estatal supone toda una nueva comprensión del derecho y de las relaciones entre el poder público, depositado en el Estado, y los individuos. Por lo tanto, apuntar las distinciones entre estos dos arquetipos de Estado permite contrastar los temas de cualquier teoría jurídica de conformidad con los rasgos distintivos propios de cada modelo.⁸⁵

Surgido tras la Revolución Francesa, en el Estado legislativo el derecho se reducía al contenido de la ley, por lo tanto, ello dotaba al parlamento de dominio frente a los otros poderes.

⁸⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 255.

⁸⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *El Neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019, p. 13.

Lo anterior, a su vez se veía robustecido por otras características del modelo, como lo son la definición del Estado desde la ley, al ser esta manifestación de la voluntad general de individuos que habían triunfado para gozar a plenitud su libertad y que, en su conjunto, constituían una sociedad uniforme en la que el derecho estaba definido por normas y reglas abstractas a través de las cuales era posible resolver cualquier conflicto por la vía de la subsunción.⁸⁶

Asimismo, este modelo de Estado legislativo encontró en la soberanía otro de sus grandes pilares, pues fungía como obstáculo de cualquier pretensión intervencionista a lo largo y ancho de su territorio, en donde regía única y exclusivamente la voluntad de la mayoría nacional. Por lo tanto, en el Estado de Derecho Legal, la democracia era de carácter mayoritario y procedimental. La voluntad popular de las personas libres, depositada en el Poder Legislativo, únicamente requería el agotamiento del proceso de creación normativa previsto en la propia ley para imponer a cualesquier individuos lo que la cuota mayoritaria definía como justo y necesario para lograr el cimiento del Estado mismo, la libertad.⁸⁷

Las constituciones, en el Estado Legislativo, representaban un mero proyecto político referencial; en el plano de los hechos, las normas fundamentales no fungían con normas jurídicas, pues no existía posibilidad de que éstas fueran aplicadas de manera directa para solucionar de los conflictos jurídicos, ya que para eso se requerían leyes cuya armonía con el texto constitucional quedaba a voluntad del legislador legitimado democráticamente.

Con la transición al modelo de Estado constitucional se transformaron muchos de los principios del modelo anterior. En principio, en el Estado constitucional, la Constitución ya no es más un proyecto político, una norma programática, sino que adquiere una dimensión normativa de aplicación directa y se constituye en la norma fundante del orden jurídico interno, el cual debe guardar una necesaria armonía con sus contenidos; es decir, la función elemental del

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 13- 36.

⁸⁷ *Idem*.

Poder Legislativo, a saber, la creación normativa, que en el Estado Legal de Derecho no encontraba límites, debe en todo momento velar por la armonía del producto de su ejercicio –las leyes– con el texto constitucional. Esto es lo que se normalmente se identifica como la constitucionalización del orden jurídico.

Lo anterior, en virtud de que en el Estado constitucional, el papel preponderante ya no lo ostenta el legislador, sino las y los jueces, quienes adquieren ese rol protagónico en lo que a la vigencia de las normas se refiere. Dependiendo del modelo de control de constitucionalidad que se adopte en cada Estado, es el Poder Judicial quien vela por el parámetro de regularidad definido en la propia Constitución, que deben guardar las normas respecto de sus contenidos, los cuales resulta imperativo garantizar para el correcto funcionamiento del aparato estatal y para el adecuado equilibrio en el ejercicio del poder.

Asimismo, se modifica sustancialmente la comprensión de la idea de democracia para trascender a su hasta entonces limitada dimensión de representación política, y se constituye como principio fundamental del Estado. En el modelo constitucional, la democracia no se agota en su dimensión representativa de corte político, sino que se inserta en todas y cada una de las instituciones estatales bajo diversas modalidades, en ocasiones –paradójicamente– bajo fórmulas contramayoritarias.

Por su parte, la dinámica de la relación norma–derecho se modifica a una en donde es el derecho el que dota de un contenido mínimo a la norma. Esta nueva fórmula permite un amplio margen de potenciación del contenido de la norma por parte de las y los jueces mediante el uso y aplicación de herramientas hermenéuticas.

Este gran cambio en la idea y funcionamiento del Estado impulsado desde el constitucionalismo es producto del aceptar la normalidad de la juridificación de las ideologías políticas y morales. El pluralismo ideológico, el multiculturalismo, la idea de igualdad, y otros tantos conceptos que hoy en día forma parte de la cotidianidad del derecho, son consecuencia de la juridificación de ciertos ideales políticos y morales que son necesarios para asegurar el sano desarrollo de una sociedad democrática.

La transición del modelo de Estado legislativo al Estado constitucional es una clara muestra de un cambio de paradigma en las ciencias sociales, toda vez que dicha transición generó enormes transformaciones en los presupuestos torales de distintas disciplinas.

El haber colocado al valor supremo de la dignidad de las personas en el centro de la idea y la razón del Estado provocó importantes cambios en el derecho, en la ciencia política, en la sociología, y otras tantas ciencias sociales. De ahí el surgimiento de innumerables teorías de la justicia durante la segunda mitad del siglo XX, teorías de los derechos humanos, de la división de poderes, de la Constitución, de la sociedad, de las instituciones, de la interpretación jurídica, etcétera.

Luis Prieto Sanchís plantea una distinción del constitucionalismo como fenómeno cultural y político surgido de las ideas de la filosofía ilustrada, del liberalismo y del positivismo, por una parte, y como aproximación teórica al derecho, por la otra.⁸⁸ Sin embargo, lo cierto es que constitucionalismo y positivismo provienen de la misma cepa. La idea de una norma suprema como fundamento del sistema jurídico no es nueva y tiene un hálito claramente positivista. Lo que resulta novedoso es la forma en que dicha norma ha adquirido eficacia directa, así como la transformación de su ideal nuclear, que es la misma que sustenta la idea del Estado, a saber, el valor supremo de la dignidad humana.

Esta evolución del constitucionalismo requiere de una reconfiguración de sus características definitorias; los derechos humanos como punta de lanza, la división de poderes acentuada, los mecanismos de defensa de la Constitución, la soberanía reducida y el surgimiento de un sistema de fuentes flexible, han servido para convertir a las constituciones como el parámetro de validez de las normas que conforman los sistemas jurídicos. Todo a partir de sus contenidos, tanto jurídicos como morales, políticos, económicos, sociales y culturales.

⁸⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 2011, p. 7.

III.2 Elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional

Una vez establecidas las principales diferencias entre los dos modelos de Estado que se han analizado previamente, habremos de proponer un catálogo de los principales elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, a través de una propuesta semántica que concentra las características definitorias del arquetipo en función de los necesarios contenidos de las normas fundamentales, los cuales deben ser empíricamente verificables.

Este ejercicio semántico no tiene otro fin que el de establecer el cúmulo de características que la norma fundamental de una nación debe reunir para ser considerada como un Estado constitucional. Estas son:

- **Existencia de una Constitución.** Por obvio que parezca mencionar el presente elemento, resulta importante referirlo por el caso del Reino Unido. La forma escrita de la Constitución, como nos lo demuestra el caso de la isla europea, no es condición necesaria de su existencia.
- **Supremacía constitucional.** La Constitución ya no es más un simple proyecto político, una aspiración, sino que es la norma fundante del sistema jurídico y, por tanto, goza de fuerza normativa para su aplicación directa. Sobre el particular, Luis Prieto Sanchís refiere lo siguiente

Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.⁸⁹

⁸⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2014, p. 111.

- **Defensa de la Constitución.** Para garantizar el respeto y subsistencia de la Constitución, existen mecanismos –políticos, jurídicos, sociales o mixtos– para su defensa y garantía.⁹⁰ La Constitución, entendida como norma jurídica primigenia, fundante del sistema jurídico interno y receptáculo de las reglas, valores y principios que lo rigen, es un documento cuya defensa es indispensable para garantizar la supervivencia del modelo. Tal y como lo señaló Hans Kelsen al referirse a los controles jurisdiccionales, la importancia jurídica y política de la justicia constitucional, radica en que aquella Constitución que carezca de una garantía de anulabilidad de actos que la contravengan, carece de obligatoriedad en sentido estricto.⁹¹
- **Rigidez constitucional.** Al ser la norma suprema y fundante del sistema jurídico interno, la Constitución requiere de una fórmula especial para la modificación de sus contenidos. La rigidez constitucional, además de ser una garantía para la preservación de la norma fundamental, también se erige como mecanismo de control y conciliación de los intereses políticos al interior del Estado.
- **Constitucionalización del orden jurídico.** Los contenidos de la Constitución se erigen como parámetro de validez frente a la totalidad del sistema jurídico de los Estados constitucionales, de forma tal que, todo ordenamiento debe ser congruente con el texto fundamental.

⁹⁰ Manuel Aragón refiere que el control es un elemento de la Constitución si se le quiere dotar de operatividad a la Constitución. Si existe el control de las actividades estatales, puede la Constitución aplicar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución, ésta puede ser entendida como norma. Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 81.

⁹¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 95.

- **Control de las leyes.** Como se precisó previamente, en el Estado constitucional la ley no es invencible. Si bien son producto del legislador legitimado democráticamente, pueden ser controladas y hasta expulsadas del sistema jurídico por las y los jueces en caso de ser manifiestamente inconstitucionales. Lo anterior, sin menoscabo de las deferencias que el legislador encuentra en ciertos principios como el de presunción de constitucionalidad de las normas.
- **Derechos humanos y sus garantías.** La Constitución debe, necesariamente, prever un catálogo de derechos a manera de reconocimiento por parte del Estado, los cuales deben entenderse siempre de manera enunciativa y nunca limitativa. El Estado no otorga ni crea derechos, únicamente los reconoce. En el marco del modelo de Estado constitucional, los derechos humanos dentro de la sociedad democrática y respecto del sistema jurídico cobran una dimensión de regularidad. Las leyes y demás normas deben, en todo momento, respetar, garantizar y proteger estos derechos. Tal y como sostiene Alexy, los derechos adquieren un efecto de irradiación sobre la totalidad del orden jurídico.⁹²
- **Democracia *multidimensional*.** La democracia es uno de los más robustos pilares del Estado constitucional. A diferencia de lo sucedía en otros tiempos, en la actualidad existen distintas fórmulas democráticas más allá de la representativa y procedimental dominada por las mayorías. La democracia trasciende de su dimensión conceptual al plano de su eficacia práctica. Todo lo que se construye u ocurre en el Estado tiene un contenido democrático. La democracia se convierte en una *forma de vida* y resulta condición necesaria de los derechos y las libertades. Como bien señala

⁹² Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., México, Fontamara, 2013, p. 46.

Mauricio Beuchot, “[...] *los derechos humanos requieren una condición de posibilidad política, que es la democracia; sin ella son impensables.*”⁹³

- **Soberanía.** La soberanía, en los Estados constitucionales, mantiene el concepto surgido a los inicios de la Modernidad y reconociendo la impronta de la Revolución Francesa se conserva como depositada en el *pueblo*. Sin embargo, los *proyectos globalizadores*⁹⁴ han obligado a las naciones a repensar la irreductibilidad de la soberanía al ceder cierta porción de ella a través de su sujeción al imperio de ordenamientos y tribunales internacionales y/o regionales.
- **División de poderes *acentuada***⁹⁵. La división de poderes, más allá de los beneficios organizacionales que acarrea, es lo que da vida al sistema de pesos y contrapesos. En palabras de Pereira Menaut, la separación de poderes “[...] *es un mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absolutista del poder y garantiza la libertad de los*

⁹³ Beuchot, Mauricio, “Hermenéutica analógica, derechos humanos y búsqueda de la justicia”, en Palazón, María Rosa, *et al.* (coords.), *Derecho (justicia legal) y utopía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015, p. 40.

⁹⁴ Retomo la idea de *proyectos globalizadores* propuesta por Cabo de la Vega, quien sostiene que “[...] sólo debemos utilizar la expresión “globalización” en un sentido técnico o en un sentido teórico, si nos estamos refiriendo a algún proceso identificable con sus propias causas y efectos, con alguna virtud explicativa concreta. Es decir, no se puede convertir a la globalización en una suerte de explicación para todo, de manera que no explica nada, y se limita sencillamente a enunciar una manera presuntamente sofisticada la existencia de un fenómeno que permanece igualmente incomprendido [...] Lo que existiría serían paradigmas o *proyectos globalizadores*.” Cabo de la Vega, Antonio, “Globalización y paradigma jurídico del Estado”, en Hernández Cervantes, Aleida y Burgos Matamoros, Mylai (coords.), *la disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, México, UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2018, p. 40.

⁹⁵ Nieto Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, pp. 17-18.

ciudadanos”.⁹⁶ En los Estados constitucionales contemporáneos ha ocurrido una especie de atomización del poder público que rompe el esquema tripartito de Montesquieu, ya que han surgido órganos autónomos que tienen por objeto el desarrollo de ciertas actividades estratégicas del Estado y que deben ser independientes de los tres poderes clásicos.

- **Sistema de fuentes del derecho flexible.** Atendiendo a que el fundamento mismo del Estado es la protección del valor supremo de la dignidad humana, el sistema de fuentes del derecho no asume una composición rígida en razón de un criterio de jerarquía normativa inamovible. El derecho se entiende compuesto por reglas, normas, principios y valores contenidos explícita o implícitamente en la norma fundamental, los cuales pueden ser extraídos a través de novedosas herramientas y métodos interpretativos.

Estos elementos o rasgos distintivos guardan entre sí una relación de complementariedad que otorga solidez no sólo a las constituciones –que es en donde se encuentran depositados– sino al arquetipo de Estado constitucional. En el momento en que uno se ve comprometido, otro se activará para su protección, logrando así la preservación del orden constitucional y la continuidad del modelo.

III.3 Una nueva propuesta de racionalidad jurídica

Habiendo establecido los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, resulta indispensable realizar la siguiente precisión conceptual que habrá de influir en la lectura del resto de la presente investigación. A lo largo del presente trabajo habré de referirme en múltiples ocasiones al Estado constitucional, que es la forma de organización política y jurídica que se distingue a partir de los elementos o rasgos distintivos enunciados en el apartado anterior, lo

⁹⁶ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 107.

que implica necesariamente que al referirnos al Estado constitucional estaremos a su vez considerando que dicho Estado es un Estado democrático y de derecho.

Considero que esto es fundamental para una mejor comprensión de mis ulteriores reflexiones, al mismo tiempo que aprovecho para pronunciarme en desacuerdo con lo sostenido por múltiples autores que consideran que existe una diferencia entre Estado constitucional, Estado constitucional de derecho y Estado constitucional y democrático de derecho. En mi opinión, estas tres denominaciones son sinónimas y el hecho de que se agreguen los elementos jurídico (*Estado constitucional de derecho*) y democrático (*Estado constitucional y democrático de derecho*), no es más que una redundancia que adorna la denominación pero que al final no abona ningún elemento adicional a los ya preexistentes y sin los cuales no deberíamos aludir al Estado constitucional. De aceptar la posición de estos autores, entonces cabría la posibilidad de adornar nuestro lenguaje al sostener la existencia de un *Estado constitucional, democrático, de división de poderes y de derecho* o un *Estado constitucional soberano de derecho*, cuando en suma estamos refiriéndonos al modelo de Estado constitucional.

Dicho lo anterior, también es fundamental precisar lo que normalmente se entiende por racionalidad jurídica. Sin embargo, bien sabido es que uno de los debates más profundos en la ciencia es el que se suscita en torno al concepto de racionalidad, el cual es entendido de distintas formas dependiendo de la posición epistemológica de quien se refiera al mismo.

Claramente este no será el escenario para sepultar la discusión que la ciencia sostiene respecto del concepto de racionalidad, toda vez que el presente texto, como se anticipó desde el inicio, trata sobre dos grandes temas que son el derecho y el Estado, por lo tanto, únicamente me ocuparé de referir brevemente lo que entienden por racionalidad jurídica las distintas corrientes de la dogmática jurídica que mayor relevancia han tenido en los últimos siglos.

En el caso del positivismo, la racionalidad jurídica se construye a partir de un ejercicio de corte inductivo que permite identificar ciertos conceptos fundamentales que fungen como parámetros de clasificación de todos los

contenidos del derecho. Sin embargo, si bien existen distintas posturas dentro del propio positivismo, lo cierto es que podemos afirmar que en todas y cada una de ellas la idea de la racionalidad jurídica debe construirse mediante la aplicación del método científico.

De las muchas referencias posibles sobre este corriente de pensamiento jurídico, me apoyo en la obra de Rolando Tamayo y Salmorán, quien explica, citando a Austin, que las teorías jurídicas explican el derecho *tal y como es*. Las doctrinas, por el contrario, intentan explicar el derecho como *debiera ser*, por lo tanto, sus modelos metodológicos no son propios de las teorías; es decir, las doctrinas no siguen los procesos de producción del conocimiento científico. Asimismo, el jurista mexicano afirma que la primera teoría jurídica propiamente dicha, es la jurisprudencia romana. Al respecto, señala lo siguiente

Las definiciones [primeros principios del derecho] [...] se construyen a partir de la observación del derecho (positivo); de la observación de casos similares sucedidos así, reteniendo el elemento común que comparten.

El paso clave en la transición de la *iurisprudencia cautelar* a la *iurisprudencia epistémica* se debe al paso de los singulares a la creación de “clases de cosas” (de la experiencia jurídica) mediante la determinación del elemento común que las unifica. Este paso de los particulares a los universales, es, precisamente, la inducción [...] el método mediante el cual se alcanzan, también, los primeros principios.⁹⁷

Tamayo parte del análisis de los conceptos fundamentales o primeros principios del derecho que identifica apoyándose en la filosofía del lenguaje y siguiendo el método propuesto por Aristóteles en su *Analytica Posteriora*, pues considera que el derecho, en tanto disciplina que trata sobre fenómenos no

⁹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, p 79.

ostensibles, se explica en función de lo que se dice del mismo. Por lo tanto, para el autor, el derecho es un lenguaje.

Por su parte, Hans Kelsen ofrece una propuesta de racionalidad jurídica a partir de tres aspectos que se obtienen de su *Teoría pura del derecho*: i) la defensa de la tesis de la separación del derecho y la moral –y no solamente la moral, sino cualquier otro contenido que le sea ajeno, como lo político–; ii) la idea de la estructura jerárquica del orden jurídico, para lo cual son indispensables los conceptos de validez y eficacia; y iii) los métodos o mecanismos de creación del derecho, que requieren a su vez del análisis del concepto de legitimidad de los órganos y actores que se encuentran facultados para la creación de otras normas diversas conforme al propio derecho positivo –jueces, órganos legislativos, autoridades administrativas, etcétera–.⁹⁸

Distinta a la positivista, se encuentra la propuesta iusnaturalista en torno a la idea de la racionalidad jurídica.

Para delimitar los principios de la racionalidad jurídica desde los postulados del iusnaturalismo, es sumamente ilustrativo referir las consideraciones sobre la construcción del buen derecho desarrolladas por Lon Fuller y John Finnis; ambos destacados representantes de dicha corriente de pensamiento jurídico.⁹⁹

Fuller considera que la configuración del buen derecho y, por tanto, de la racionalidad jurídica, se da a partir de ciertos principios que define en su *Desiderata*, que son: i) sus reglas son prospectivas, no retroactivas; ii) las reglas

⁹⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., *passim*.

⁹⁹ A pesar de las consideraciones de Rolando Tamayo y Salmorán respecto de la diferencia entre las teorías y las doctrinas, considero que las propuestas iusnaturalistas deben ser consideradas teóricas, pues una separación de lo que es y no es ciencia sólo es posible mediante la adhesión al paradigma científico dominante que excluye todo conocimiento que no sea producido conforme a métodos *universalmente aceptados*, lo cual es incongruente con la posición epistemológica del presente estudio. Nino da cuenta de la problemática en torno a la clasificación de la ciencia, cuando apunta que “[...] el término “ciencia” tiene una denotación notoriamente imprecisa, que deja una zona de penumbra constituida por actividades a las cuales vacilaríamos en aplicar o no el término, por no tener elementos para decidir si el grado en que se presentan en ellas algunas de las propiedades del conjunto, es o no suficiente para caracterizarlas como científicas.” Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 319.

no son imposibles de cumplir; iii) son promulgadas públicamente; iv) son claras y coherentes entre sí; v) son lo suficientemente estables como para que la gente pueda orientar por ellas su conducta; vi) son reglas relativamente generales y; vii) quienes tienen autoridad para crear y aplicar las reglas habrán de cumplir esas mismas reglas coherentemente y según su tenor.¹⁰⁰

A lo anterior, Finnis aporta otros principios inherentes a la función judicial en atención al protagonismo que este poder adquiere en el modelo de Estado constitucional, particularmente en la creación, desarrollo y aplicación del derecho. Dichos principios son i) la independencia de la judicatura; ii) la publicidad de los procedimientos judiciales; iii) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y accesiones de otros tribunales y de los funcionarios en general; y iv) la accesibilidad de los tribunales para todas las personas.¹⁰¹

Por último me referiré a los postulados sobre la racionalidad jurídica que promueven las doctrinas del realismo jurídico, tanto su versión clásica como en su adaptación escandinava.

Primeramente me referiré al realismo jurídico clásico, aquel que en palabras de Javier Hervada “[...] *ve el derecho desde la res iusta o cosa justa*.”¹⁰² Por lo tanto, para el iusrealismo clásico el derecho es el vehículo para llegar a la justicia, “[...] *el derecho preexiste a la justicia*”¹⁰³, pero esto solo es posible a través de la actividad que desarrollan los juristas. En consecuencia, el realismo jurídico clásico es una doctrina subjetivista en su práctica pero objetivista en cuanto a sus fines, pues aspira a un ideal de justicia que se determina a partir de principios éticos universales. Para Vázquez Gómez

[...] el paradigma del *realismo jurídico clásico* se sustenta en, al menos, los siguientes postulados: **(i)** la realidad jurídica es análoga, **(ii)** la noción

¹⁰⁰ Fuller, Lon L., *The morality of law*, 2a. ed., New Heaven, Yale University Press, 1969, pp. 46-94.

¹⁰¹ Finnis, John, *Ley natural ...*, cit.

¹⁰² Hervada, Javier, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 18, 1988, pp. 281-300.

¹⁰³ *Idem*.

primaria del derecho es el ius, **(iii)** la ley no es el mismo derecho, sino cierta razón de él, **(iv)** el fundamento del derecho es la naturaleza humana, **(v)** el ordenamiento jurídico es en parte natural y en parte positivo, y **(vi)** el juicio es la determinación recta de lo justo.¹⁰⁴

En el caso del iusrealismo escandinavo, su exponente más célebre fue el jurista danés Alf Ross. En términos muy generales, esta doctrina jurídica es una propuesta conductista que estudia al *derecho como un objeto compuesto por aquello que los tribunales dicen respecto de las normas jurídicas vigentes*. Por lo tanto, la propuesta de Ross es la de generar una ciencia jurídica capaz de predecir las decisiones de las y los jueces con base en el análisis de lo que han resuelto respecto de cada tema, y teniendo en cuenta su ideología, a lo cual denomina *política jurídica*.¹⁰⁵

En ese sentido, en el iusrealismo escandinavo la idea de racionalidad jurídica se funda en el uso e interpretación que los jueces dan a las normas jurídicas vigentes respecto de los hechos sociales a los cuales las aplican.

Ahora bien, mi propuesta en torno a la racionalidad jurídica se ha construido a partir de los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional y los propios contenidos constitucionales. Esto, debido a la relevancia que asumen las constituciones en dicho arquetipo estatal, no sólo desde su concepción jurídica o política, sino atendiendo a su valor social, cultural e histórico.

Por lo tanto, aunque la propuesta se ancla en la Constitución y se construye desde ella, no debe entenderse que por ello sigue la misma ruta que la *positivista*, pues en este caso no es la jerarquía el factor determinante de lo racional, sino el contenido sustantivo de la Norma Fundamental.

Asimismo, en función de las cualidades de mutabilidad y adaptabilidad que se deben atribuir a la racionalidad, esta propuesta se proyecta a partir de una dinámica de *interacción gravitatoria* en la que la dignidad humana –tanto en su

¹⁰⁴ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 54.

¹⁰⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 29-72.

aspecto individual como colectivo— funge como el cuerpo de mayor densidad y, por tanto, los demás elementos interactúan y gravitan en torno a ella.

En ese sentido, he configurado esta propuesta en dos etapas o niveles, uno abstracto y otro específico.

La etapa o nivel abstracto reposa en la hipótesis que afirma la existencia de una relación causal relacional entre los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional y los principios de la racionalidad jurídica, los cuales gravitan en torno al valor de la dignidad humana.

En esta relación causal relacional, los elementos o rasgos distintivos del Estado constitucional, que a su vez funcionan como principios de la racionalidad jurídica, son las variables independientes, mientras que el modelo de Estado y la racionalidad jurídica en sí misma, son las variables dependientes.

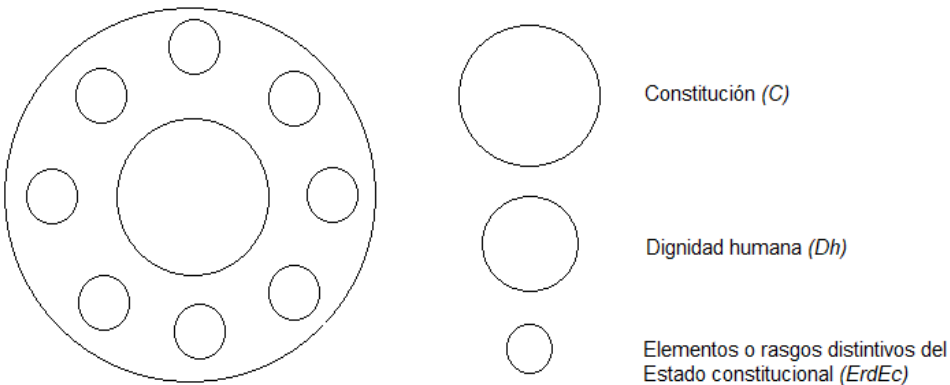
El nivel específico es el que habilita el surgimiento de racionalidades *identitarias* en función del resultado que se obtenga del contraste del nivel abstracto con la experiencia histórica y realidades sociales, culturales, políticas y jurídicas de una nación determinada —*especificidades*—.

Es decir, los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, que a su vez funcionan como elementos de la racionalidad jurídica en el nivel abstracto, tras una medición cualitativa del grado en que son atendidos como consecuencia de las *especificidades* de un Estado particular, definen la racionalidad *identitaria* de su sistema jurídico.

Por lo tanto, la racionalidad jurídica *identitaria* de un sistema jurídico puede obtenerse a partir de la valoración de los contenidos de la Constitución y del análisis de la gradualidad en la que éstos atienden o colman los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional —*forma constitucional*—, los cuales se configuran en correspondencia a las *especificidades* nacionales que fijan las bases para construir las normas que en su conjunto integran el sistema jurídico, definiendo sus alcances y límites interpretativos. Todo esto articulado a partir de la ineluctable protección del valor supremo de la dignidad humana.

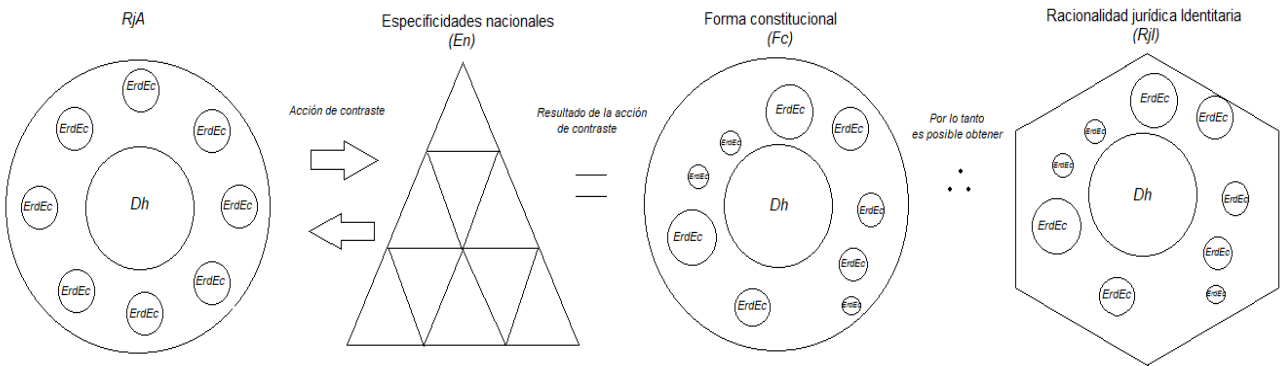
A continuación se realiza una esquematización de la propuesta en sus dos niveles o etapas. El *Diagrama 1* ilustra el nivel abstracto; el *Diagrama 2*, el específico.

Diagrama 1
Racionalidad jurídica Abstracta (RjA)



Fuente: elaboración propia

Diagrama 2
Racionalidad jurídica Identitaria (RjI)



Fuente: elaboración propia

Por lo tanto, la premisa rectora de mi propuesta sería la siguiente: *en la era del Estado constitucional, la racionalidad jurídica es aquello que es jurídicamente razonable en términos de la Constitución y conforme a las especificidades de una nación determinada.*

Considero que esta iniciativa se erige como alternativa a una exigencia latente en el pensamiento jurídico contemporáneo, que consiste en la necesidad de proponer nuevos criterios para determinar la corrección jurídica. Sobre el particular Carlos Santiago Nino afirmaba que

En última instancia, la supuesta importancia de la jurisprudencia habrá que determinarla [...] a partir de las necesidades sociales que satisfaga, para lo cual será necesario detectar qué funciones cumple.

Esto nos sugiere la conveniencia de que la tarea de proponer modelos de ciencia jurídica vaya precedida de una investigación de las funciones, métodos y presupuestos de la actividad que los juristas efectivamente desarrollan, con el fin de determinar si el método propuesto puede satisfacer las mismas funciones que esa actividad pero recurriendo a métodos y presupuestos más eficaces.¹⁰⁶

En similar sentido al de mi propuesta de racionalidad jurídica, Gustavo Zagrebelsky ha sostenido lo siguiente

<<Razonable>>, también en el lenguaje común (<<sé razonable>>), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a <<composiciones>> en las que haya espacio no sólo para una, sino para muchas <<razones>>. Se trata, pues, no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son),

¹⁰⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis...*, cit., p. 320.

sino del pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible).¹⁰⁷

Asimismo, esa razonabilidad que propongo, en función de que el valor supremo de la dignidad humana reside en el núcleo de la idea del Estado constitucional, exige lo que el Doctor Vázquez Gómez denomina una verdadera práctica de los derechos humanos, lo que implica trascender el formalismo de su mero reconocimiento hacia su efectiva promoción, respeto y garantía, pues “[d]e nada sirve que se formalicen tales o cuales derechos en la Constitución, si no existen operadores jurídicos que puedan discernir acerca de los mismos.”¹⁰⁸ Esto, toda vez que “[...] el derecho tiende a configurarse y a verse por sus operadores no tanto, o no sólo, como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes, sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses y resolver conflictos.”¹⁰⁹ Por lo tanto, y resaltando la fuerte carga empírica de mi propuesta, resulta indispensable que la concreción fáctica del reconocimiento de los derechos en su modalidad de práctica, en el sentido propuesto por Vázquez Gómez, se tenga como condición necesaria para aspirar a lo jurídicamente racional.

Por otra parte, cabe hacer en breve comentario sobre el tema de la identidad constitucional, el cual no ha sido desarrollado por la doctrina de habla hispana con el mismo rigor y agudeza que lo han hecho varios autores anglosajones. Sin embargo, en la actualidad es un aspecto que merece particular atención, pues como se expondrá en un siguiente apartado, la región latinoamericana y las complejas realidades de cada uno de los países que forman

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 11a. ed., Madrid, Trotta, 2016, p. 147.

¹⁰⁸ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “La transformación del Estado y su Derecho a partir del reconocimiento de los derechos humanos. Apuntes para (re)pensar el Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011”, en Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Diez, José María, *El artículo 1o. constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 48.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 49-50.

parte de ella, exige un entendimiento de la identidad de sus textos constitucionales a la luz de sus experiencias históricas, sociales, culturales y jurídicas. Pues las constituciones deben fungir como punto de entendimiento, conciliación y confianza mutua en sociedades culturalmente diversas.

Por lo tanto, la identidad constitucional en el modelo de Estado constitucional es resultado del diseño particular que cada nación realiza de los elementos o rasgos distintivos del arquetipo con la finalidad de asegurar no sólo la eficacia de su texto, sino su propia preservación y continuidad, lo cual únicamente es factible cuando se recogen en el texto de la Norma Fundamental las distintas prácticas culturales, aspiraciones sobre la vida digna, usos y costumbres; mismos que en ocasiones deben entenderse como inalterables e irreducibles.¹¹⁰

Lo anterior, a su vez permite comprender la diferencia que existe entre la *constitucionalidad de la Constitución* y la *constitucionalidad de ésta o aquella Constitución*; distinción que radica esencialmente en la *forma constitucional* que cada Estado adquiere en función de sus *especificidades nacionales*.

Francisco Vázquez Gómez señala que *la constitucionalidad de la Constitución* o su *núcleo intangible* “[...] se hace consistir, además de decisiones políticas fundamentales, de decisiones axiológicas fundamentales, que no son otra cosa sino las decisiones que denuncian la forma moral y ética de ser de todo Estado que se haga llamar Estado constitucional y democrático de Derecho, y que debe verse representada por los valores y principios constitucionales.”¹¹¹

En ese sentido, y realizando una yuxtaposición de la propuesta del autor con la que aquí se ofrece, podemos afirmar que *la constitucionalidad de la Constitución* se equipara a la *Racionalidad jurídica Abstracta* que se configura a

¹¹⁰ Sajó, Andrés y Uitz, Renáta, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, pp. 63-68.

¹¹¹ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*, México, Porrúa, 2012, p. 170. Asimismo, Vázquez Gómez define un valor constitucional como la “[...] realidad o proposición que, clara y evidentemente constituye el orden de convivencia política y es fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admite por la sociedad como estimable sin necesidad de demostración.” *Ibidem*, p. 174.

partir de los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, mientras que *la constitucionalidad de ésta o aquella Constitución* se equipara a la *Racionalidad jurídica Identitaria* de cada Estado, determinada a partir de sus *especificidades nacionales*.¹¹²

Por lo anterior, en la era del Estado constitucional, la racionalidad jurídica debe ser dinámica y mutable al *estado de cosas* que impere en cada nación, a fin de que el derecho, en la forma de sistema jurídico, pueda fungir correctamente su papel de herramienta de conducción social y, en esa lógica, sea posible reducir la desventaja en la que se encuentra frente a fenómenos que le son externos y que le impiden atender los retos que surgen de la evolución de nuestras sociedades y de las cada vez más complejas formas de vida humana.

La mutación constante del derecho y, en consecuencia, de lo que se entiende por racionalidad jurídica ha sido aceptado por casi la totalidad de autores de la dogmática jurídica de los últimos siglos. Incluso Kelsen, en su pretensión de crear una auténtica ciencia jurídica, con todo lo que ello conlleva, sostuvo que es “[c]ierto que ya no se concebirá el derecho como una categoría eterna y absoluta, y se reconocerá que sus contenidos se hallan sometidos al cambio histórico, y que considerado como derecho positivo es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y lugar”.¹¹³ Si bien la idea antes reproducida responde a un aspecto particular de la construcción teórica del autor, alejada de la idea de la pureza de la ciencia jurídica que intentó consolidar, no debe pasarse por alto el que haya sido planteada.

¹¹² Vázquez Gómez, apoyándose de la teoría de los valores de Scheler, concluye que es posible afirmar la existencia de valores constitucionales superiores y valores constitucionales inferiores, con lo cual logra desestimar la necesidad de acudir a las tesis axiológica y normativa del historicismo histórico, *Ibidem*, pp. 177-189. Por lo tanto, considera que “[...] *la constitucionalidad de la Constitución también se integra por los valores de una sociedad concreta (valores inferiores para Scheler), así como de la intrínseca valía de los valores que proponga la misma Constitución (valores superiores para Scheler)*”, p. 187.

¹¹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 53.

III.4 La Constitución del Estado constitucional

La transición del modelo de Estado legislativo al Estado constitucional que se ha expuesto previamente y la propuesta de una nueva racionalidad jurídica para el correcto desenvolvimiento del derecho en las naciones contemporáneas requiere necesariamente analizar la función de los textos fundamentales en la ecuación, pues como explica Maurizio Fioravanti

[...] ahora tenemos Constituciones que establecen de manera positiva, para tutelar los derechos fundamentales de la persona, un límite claro al desarrollo de la potestad normativa, incluida la del legislador; y al mismo tiempo tenemos Constituciones que han incorporado principios fundamentales de justicia, que se han de realizar a través de la actuación de la misma Constitución, sobre el terreno que conoce la presencia decisiva de los derechos sociales. La Constitución como máxima forma de garantía y la Constitución como directriz fundamental: las dos dimensiones que el estatismo decimonónico había marginado y que ahora, en el tiempo nuevo del siglo XX, vuelven a primer plano.¹¹⁴

En ese sentido, tenemos que la Constitución en el Estado constitucional funge como receptáculo de los elementos o rasgos distintivos del modelo y como el instrumento que habrá de sentar las bases de los diseños orgánicos y procedimentales –en un sentido amplio y no estrictamente jurídico– por medio de los cuales el Estado habrá de concretar los objetivos que se trace en función de su razón nuclear, que como reiteradamente he señalado, es el valor de la dignidad humana.

Asimismo, es importante reiterar el apotegma de que no todo Estado que cuente con una Constitución puede ser considerado un Estado constitucional, pues los elementos o rasgos distintivos del modelo pueden estar presentes o

¹¹⁴ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes e historia de las Constituciones*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016, pp. 122-123.

verse colmados de distintas formas y de manera gradual, y en función de ese ejercicio valorativo es posible identificar falsas apariencias de las naciones que pretenden entrar a esta clasificación.

Sin embargo, la Constitución, en tanto instrumento protagónico del modelo y de naturaleza jurídica, ha de configurarse conforme a principios racionales; es decir, la Constitución ha de erigirse como norma fundante del sistema jurídico y, por tanto, debe estructurarse ordenadamente, pues de la claridad de las formas y grado en que se colmen y hagan operativos los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional en una nación determinada con base en lo establecido en su Constitución, dependerá no solamente su categorización conforme al modelo, sino la estabilidad del Estado mismo.

En suma, la *forma constitucional*¹¹⁵ que adopte cada Estado fijará los parámetros de racionalidad de su sistema jurídico, es decir, determinará lo *jurídicamente razonable*.

Respecto de lo anterior pudiera realizarse una crítica sustentada en el hecho de que esta propuesta pretender relativizar la racionalidad jurídica que supuestamente debiera regirse por principios universales aplicables a cualquier derecho, es decir, a cualquier sistema jurídico de cualquier Estado. Por tanto, si la racionalidad jurídica es distinta en cada sistema jurídico, entonces el derecho no es más que una disciplina maleable y adaptable a los deseos de quienes ostentan el poder político suficiente para definir los arreglos constitucionales, tanto originarios como derivados.

A esa crítica habré de adherirme en parte, pues el derecho, en tanto práctica social y herramienta de conducción de los valores trascendentales de una sociedad determinada, claramente se encuentra en permanente riesgo de ser utilizado de formas que pretendan legitimar prácticas antidemocráticas y

¹¹⁵ Como referí en el acápite anterior, por *forma constitucional* me refiero al arreglo de los elementos y rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional que una nación determinada define tanto en una dimensión sustantiva como adjetiva, es decir, en grado y forma, y que así establecidos definen su *identidad constitucional*.

autoritarias por la vía de la inclusión de esa clase de contenidos en el texto constitucional.

Sin embargo, recordemos que al exponer mi propuesta de racionalidad jurídica, referí que ésta se configura en dos niveles o etapas, una abstracta, que cumple con los criterios de universalidad bajo una forma simple de entender cómo se construye la racionalidad jurídica, y una específica o *identitaria*, que es la que corresponde al sistema jurídico de una nación que ha adoptado la forma de Estado constitucional, construida a partir de los elementos o rasgos distintivos del modelo y de los contenidos de su Constitución, que como condición necesaria debe atender todos y cada uno de los elementos o rasgos distintivos ya referidos.

En adición a lo anterior, cabe recordar que el problema al que jamás pudo sobreponerse la propuesta legalista del positivismo que dominó el pensamiento jurídico desde las revoluciones decimonónicas hasta la primera mitad del siglo XX y que fue el cimiento del modelo de Estado legislativo, fue precisamente el pretender restar valor a los contenidos del derecho y a los efectos de su aplicación a través de la primacía del proceso de creación normativa. Crítica al positivismo que se funda en el axioma que es producto de la famosa fórmula desarrollada por Gustav Radbruch y que se sintetiza con el apotegma: *la injusticia extrema no es derecho*. El iusfilósofo alemán entendía el derecho como un fenómeno cultural, por lo que apuntó lo siguiente

III. El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica [...] [pero] este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátese de una cuestión de grado: allí donde la justicia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.¹¹⁶

¹¹⁶ Radbruch, Gustav, *Filosofía el Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 44. Radbruch redondea su famosa fórmula al analizar la validez del derecho señalando que “*La seguridad jurídica que el Derecho positivo garantiza, cuando se trata de una ley*

En ese sentido, actualmente, en la era del Estado constitucional, “[h]ablar de Constitución [...] supone hablar de práctica social, de orden de la conducta, de estabilización de expectativas de conducta, etc.”¹¹⁷ Es decir, si bien las constituciones son fuentes de los sistemas jurídicos internos de las naciones contemporáneas, con fuerza normativa directa y trascendencia jurídica innegable, no dejan de ser instrumentos con alto grado de contenido político, cultural, histórico y otras tantas cuestiones ético-morales que resultan fundamentales para el correcto y sano desarrollo de sociedad pluriculturales y multiétnicas.

III.5 El juez del Estado constitucional

En atención al protagonismo de las y los jueces tanto en la aplicación directa de la Constitución como en la protección de sus contenidos en el modelo de Estado constitucional, resulta fundamental hacer algunas precisiones sobre el canon de las y los juzgadores en el modelo. Para lo cual, considero fundamental que su actuar se rija en función de los siguientes principios:

- **Verdadera independencia judicial.** Las y los jueces no deben, bajo ninguna circunstancia, decidir conforme a los intereses del capital o del poder político. Si bien existen diversos mecanismos de escrutinio de la función judicial encaminados a asegurar los parámetros éticos de la profesión, lo cierto es que, en última instancia, la independencia judicial depende en gran medida de la prudencia y compromiso del juez. Por lo tanto, resulta indispensable que las y los juzgadores asuman con

injusta, pierde este valor [...] si la injusticia contenida en ella alcanza tales proporciones que, a su lado, pierde toda importancia la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo. Así, pues, si es verdad que, en la mayoría de los casos, la validez del Derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia.” Ibidem, pp. 51-52.

¹¹⁷ Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima, Palestra, Temis, 2004, p. 31.

responsabilidad su función a efecto de asegurar su verdadera independencia; una independencia de cualquier presión ajena al derecho, a la justicia social y a la lucha por la igualdad sustantiva.

- **Justificación razonable de sus decisiones.** El protagonismo de la judicatura en el modelo de Estado constitucional, en ocasiones ha sido malinterpretado al grado de presentarse abusos por parte de las y los juzgadores al momento de resolver ciertos casos, utilizando *innovadores* argumentos que a su vez son producto de interpretaciones carentes de razonabilidad conforme a las normas jurídicas y los contenidos constitucionales. El abuso de la función interpretativa por parte de las y los juzgadores, lejos de velar por la preservación y vigencia del Estado constitucional, nos lleva a la incertidumbre jurídica.¹¹⁸

Sobre la valoración de la actividad interpretativa de las y los jueces se ha escrito mucho, tanto a favor como en contra. Quienes se adhieren a la crítica contramayoritaria de la judicatura han propuesto establecer límites claros y estrictos a la discrecionalidad interpretativa de las y los jueces. Sin embargo, en un polo opuesto están quienes sostienen que el despliegue de una activa función interpretativa por parte de las y los juzgadores ha incrementado en gran medida el umbral de protección de los derechos humanos y, por tanto, abona a la democratización.

Los juristas estadounidenses Robert Post y Reva Siegel han desarrollado la idea de un constitucionalismo democrático como un concepto orientado a “[...] *expresar la paradoja en virtud de la cual la autoridad que llegue a tener el derecho constitucional, depende de tanto de su sensibilidad democrática como de su*

¹¹⁸ En el siguiente capítulo se abordará con mayor detalle el presente aspecto, cuando se analicen los casos *anómalos*, la *justicia fallida*, la interpretación y la pretensión de eficacia del derecho.

legitimidad en tanto derecho".¹¹⁹ Los autores consideran que el uso de los contenidos constitucionales no debe perder jamás la sensibilidad democrática que le subyace, pues la perversión desmedida de los postulados fundamentales de una nación por la vía de la interpretación puede provocar que las personas la consideren ilegítima y opresiva.¹²⁰

Ahora bien, por activismo judicial entiendo el ejercicio interpretativo de las normas jurídicas y contenidos constitucionales que realizan las y los juzgadores a través de herramientas y técnicas que permiten la construcción de argumentos novedosos o que transforman de manera radical los que habían sido aceptados, al grado de crear condiciones cuyos efectos representan verdaderas mutaciones en el estado del arte del alcance de los derechos, en la eficacia de sus garantías o en la distribución de las funciones y competencias de los poderes e instituciones del Estado.

El activismo judicial es tan necesario como riesgoso, por tanto, pudiéramos clasificarlo en dos dimensiones, una positiva y otra negativa. A continuación me referiré únicamente a la dimensión positiva del activismo judicial, pues el negativo será objeto de reflexiones posteriores.

La dimensión positiva del activismo judicial es tal debido a que se encuentra fundada en la sagacidad¹²¹ de las y los juzgadores que logran transformaciones mediante el desarrollo de interpretaciones que les permiten construir argumentos que, sin alterar por completo el sentido de los contenidos jurídicos, logran hilarse coherente y razonablemente. Es decir, es un activismo que utilizando los contenidos del propio sistema, lo transforma o construye un camino que habilita la importación de conceptos, instituciones, valores o principios que le son ajenos

¹¹⁹ Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, trad. de Leonardo García Jaramillo y Laura Saldivia, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, p. 34,

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ Del lat. *sagacĭtas*, *-āitis*. 1. f. *Cualidad de sagaz*. Sagaz. Del lat. *sagax*, *-ācis*. 1. adj. *Astuto, prudente, que prevé y previene las cosas*. El calificativo *sagacidad*, de acuerdo a las definiciones antes apuntadas, implica el uso de la razón práctica prudencial.

pero que de forma implícita se encuentra dentro del marco de lo *jurídicamente razonable*.

Es necesario precisar que la resolución de un juez, sobre todo del juez constitucional, no tiene como finalidad el persuadir a algún auditorio, pues el imperio del que son investidos por parte del Estado es por sí misma la justificación legitimadora de sus resoluciones. Sin embargo, las y los jueces están obligados a justificar sus determinaciones conforme a un parámetro de razonabilidad jurídica.

- **Correcta referencia a contenidos constitucionales en sus resoluciones.** Previamente referí que la razonabilidad de las determinaciones de las y los jueces se sustentan en la salvaguarda de los contenidos constitucionales, aun cuando éstos no siempre sean enteramente jurídicos, pues recordemos que la Constitución del Estado constitucional no es solamente una norma jurídica, sino expresión de la pluralidad de una sociedad determinada.

El constitucionalismo contemporáneo se ha construido a partir de un entendimiento de la Constitución como solución omnipresente en cualquier conflicto de índole jurídico, lo que ha incrementado la presión de la función de las y los juzgadores.

En los llamados casos difíciles, en los que existe un conflicto entre ciertos principios o valores constitucionales, se eleva el grado de complejidad de la función interpretativa del juzgador, sin embargo, cuando la controversia no consista en una colisión de contenidos constitucionales y sea posible su resolución a través de la subsunción, el juez debe optar por esta vía, pues la razonabilidad de una determinación de tal naturaleza no se pierde por la carencia de referencia de un contenido constitucional, pues se parte de la presunción de que las normas jurídicas del sistema colman dichos contenidos implícitamente.

La función interpretativa en sede jurisdiccional no debe implicar la extinción de herramientas de solución de problemas jurídicos utilizadas en modelos de

Estado previos. Es decir, la transición del modelo de Estado legislativo al constitucional no produjo una regla general que afirme que deba privilegiarse la ponderación por sobre la subsunción en todos los casos.

Lo anterior, conllevaría a afirmar la extinción de los principios de deferencia legislativa y de presunción de constitucionalidad de las leyes, y que la única norma utilizable para la resolución de las controversias suscitadas dentro del Estado tendría que ser la Constitución. Por lo tanto, es necesario que no se genere una hipertrofia en cuanto a la referencia y utilización de los contenidos constitucionales por parte de las y los jueces, pero guardando el perfecto equilibrio para evitar caer en el juridicismo decimonónico que pretendía resolver el derecho solo con el derecho.¹²²

- **Apoyo del conocimiento científico.** Debe prestarse particular atención en la utilización del conocimiento científico en el proceso de construcción de las resoluciones judiciales. Las y los jueces, así como cualquier operador jurídico, deben reconocer las limitaciones que el derecho encuentra para la resolución de ciertos conflictos. Por lo tanto, en el marco de un sistema constitucional, el juzgador debe aprender a identificar los límites del derecho y procurar allegarse de opiniones, estudios y dictámenes más allá de los periciales legalmente reconocidos, para poder formar un criterio documentado sobre los aspectos controvertidos que le ha tocado resolver y, así, tomar decisiones con base en ello.

Podríamos añadir innumerables elementos a los anteriormente señalados, sin embargo, considero que la observancia de los previamente apuntados abonaría en demasía al correcto ejercicio de la función judicial. Así, la judicatura robustecería su rol protagónico dentro del Estado, como defensor de los intereses de los particulares, de la Constitución y de la democracia, evitando ciertas críticas

¹²² Vigo, Rodolfo, *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, 2017, p. 206.

que hoy acechan su función, como lo es la del activismo judicial, pues hay quienes consideran que “ [...] *entre los principios, la ponderación y los derechos, algunos jueces tendrían a su disposición todos los recursos necesarios para saltarse las exigencias formales de sus decisiones y atacar directamente las exigencias de justicia derivadas de los derechos fundamentales y/o de los principios constitucionales*”¹²³, lo cual ha provocado una paulatina erosión de la legitimidad de la función judicial.

III.6 Los Estados constitucionales latinoamericanos

Hasta este punto, me he propuesto a hacer un breve recorrido de la Modernidad liberal cuyo conjunto de ideologías y saberes dio como resultado una pluralidad de teorías de los derechos humanos que son materia de estudio no solo del derecho, sino que también interesan a la política, a la filosofía, a la sociología, entre otras.

Asimismo, expuse brevemente el surgimiento y estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, profundizando en el papel y criterios jurisprudenciales de la Corte de San José.

Posteriormente, relaté la transición entre dos modelos de Estado que han surgido a lo largo de la Modernidad y que tienen una relevancia jurídica indiscutible, el Estado legislativo y el Estado constitucional.

En cuanto al segundo de estos modelos, ofrecí un ejercicio semántico para establecer sus elementos o rasgos distintivos, y que en términos de la filosofía del lenguaje constituyen las características definitorias y las condiciones necesarias de ese objeto denominado Estado constitucional. De dichos elementos o rasgos distintivos, profundicé sobre aquel que resulta el articulador del modelo, a saber, la Constitución.

Asimismo, aunque marginalmente, mencioné que los elementos o rasgos distintivos son atendidos de diversas formas y grados por cada nación.

¹²³ Aguiló Regla, Josep, “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 42, 2019, pp. 85-100.

Sobre este punto, resultaría posible adentrarnos a un análisis sobre lo que se conoce como vaguedad de grado, a fin de intentar establecer un estándar sobre el parámetro mínimo de atención de cada elemento o rasgo distintivo del arquetipo de Estado constitucional que es necesario que una nación colme para ser considerada como tal, sin embargo, el objeto del presente estudio es uno muy diferente y, en consecuencia, las reflexiones sobre este punto habrán de esperar a una investigación posterior.

Ahora bien, resulta hasta un tanto obvio señalar que Latinoamérica es una región que se ha transformado a un ritmo muy distinto que el resto de Occidente. La consolidación democrática, el reconocimiento de los derechos y las libertades y la superación de las dictaduras y totalitarismos han sido procesos más complejos y tardíos en esta región del orbe. En consecuencia, la consolidación de los Estados constitucionales latinoamericanos sigue, por decirlo de una forma, en proceso, en unas naciones de forma más rezagada que en otras.

Lo anterior no es producto de la casualidad, sino de condiciones sociales, políticas e históricas muy particulares, mismas que si bien pueden ser similares entre los países de la región, han tenido consecuencias muy distintas en cada uno. A esto, habría que añadir que la mayoría de las naciones latinoamericanas son naciones pluriculturales y multiétnicas, pues son habitadas por un gran número de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, así como por comunidades de personas de diversos orígenes nacionales que exigen el reconocimiento y respeto de sus formas de vida particulares, lo cual eleva el grado de complejidad de consolidación del modelo constitucional en las naciones de la región.

Dichas condiciones han formado parte del discurso latinoamericano con relación a los derechos humanos, pues las particularidades de las naciones de la región exigen una fina visión que habilite la identificación de los problemas que requieren soluciones específicas en función de la complejidad que les subyace.

La identidad latinoamericana de comprender los derechos humanos es un factor fundamental para comprender a su vez el fenómeno constitucional en la región. Por ejemplo, con relación a la participación del bloque de naciones de

América Latina en las discusiones de la Declaración Universal de los derechos Humanos, Mary Ann Glendon afirma lo siguiente: *“The Latin American contributions, however, were among the major factors that helped it to avoid extremes of individualism or collectivism and to become the principal model for the majority of rights instruments in the world today.”*¹²⁴ Es decir, la visión latinoamericana permitió lograr grandes equilibrios entre los disímiles puntos de partida epistemológicos que las potencias intentaron imponer en el proceso deliberativo de la Declaración.

En la misma línea discursiva, Paolo G. Carozza refiere que, a pesar de que en muchas ocasiones Latinoamérica ha sido vista como foco de preocupación en materia de derechos, existen antecedentes que constatan las invaluable contribuciones que representantes de las naciones que la componen realizaron en la construcción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El autor señala que los posicionamientos de las delegaciones latinoamericanas develaban preocupaciones relacionadas con la discriminación racial, los derechos económicos y sociales, garantías judiciales, entre otras. Asimismo, la comprensión de los derechos por parte de las naciones de América Latina enfatizaba la relevancia de la dimensión social de los seres humanos, desde la familia hasta las estructuras sociales y económicas que definen su dignidad.¹²⁵

Por su parte, el ex juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Gros Espiell considera que:

[Existe] un proceso histórico americano [que sostiene] la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra

¹²⁴ Glendon, Mary Ann, “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, *The Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 27-39.

¹²⁵ Carozza, Paolo G. “From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, núm. 2, 2003, pp. 281-313.

con el respeto y la existencia efectiva de estos de esos derechos, [lo cual] ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica. Los apartamientos de hecho de estos principios, las violaciones fácticas de estas ideas, las infracciones a ellas resultantes de algunas realidades políticas, económicas y sociales, han constituido únicamente, y de manera paradójal, confirmaciones de la doctrina americana en materia de derechos humanos.¹²⁶

En ese sentido, resulta del todo claro que la forma en que las naciones latinoamericanas entienden y conciben la idea de los derechos humanos, a su vez han influenciado las ideas sobre el Estado, las instituciones y el derecho. Aunque claramente influenciados por las ideas europeas producto de las conquistas, los países de la región han construido una muy particular idea acerca de los derechos que se caracteriza, entre otros aspectos, por su equilibrio entre lo individual y lo colectivo, su correlación con los deberes, la indudable necesidad del poder político en su forma estatal para su garantía efectiva y la necesidad de hacerlos patentes en todas las modalidades de desenvolvimiento humano, partiendo desde lo comunal hasta las estructuras más complejas como las económicas y, hoy en día, las tecnológicas.

Ahora bien, antes de iniciar con las reflexiones en torno de las condiciones sociales, históricas, políticas y culturales que subyacen al aletargado proceso de transición de las naciones latinoamericanas hacia el modelo de Estado constitucional con referencias que a modo de ejemplo se apuntarán respecto de las experiencias de algunos países de la región, considero necesario precisar que las reflexiones que sustentan este trabajo se alejan de los modelos epistémicos que han dominado la ciencia durante los últimos siglos; pues considero que para pensar en la Latinoamérica actual necesitamos tomarnos un respiro de aquellos paradigmas que no han logrado entender ni explicar del todo los fenómenos de

¹²⁶ Gros Espiell, Héctor, "La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 43, 1989, pp. 41-64.

nuestra región. Pretender analizar los *porqués* y *cómos* para consolidar la transición de las naciones de América Latina hacia el modelo de Estado constitucional nos exige distanciarnos de la visión Occidental sobre la ciencia y los métodos de acceder al conocimiento científico, que a su vez han pretendido ser aplicados al campo de las ciencias sociales.

Al respecto, Boaventura de Sousa Santos considera que todo el conocimiento es local y total, lo cual implica que “[s]e constituye alrededor de temas que son adoptados por grupos sociales concretos con proyectos de vidas locales, [por lo tanto] [l]a fragmentación [de la ciencia] posmoderna no es disciplinar y sí temática.” Es decir, el conocimiento debe ser respecto de objetos y fenómenos ubicados en ciertas coordenadas espacio-temporales identificables y requiere traspasar los límites entre distintos métodos para analizar las diversas dimensiones del objeto que se estudia.¹²⁷

La importancia de generar estudios que trasciendan los límites establecidos por el método científico dominante en Occidente es de particular importancia cuando el objeto de estudio son los fenómenos jurídicos, sociales y culturales que ocurren en naciones tan complejas como las latinoamericanas. Esto es así debido a que los parámetros convencionales de la ciencia casi siempre son insuficientes cuando pretenden llevarse a la investigación social. En el plano jurídico esto se replica, pues considero que la investigación sobre el derecho, en tanto práctica social, requiere puntos de partida epistémicos que permitan la aplicación ecléctica de métodos que nos habiliten a entender, explicar y dar respuesta a las situaciones que se presentan en naciones y sociedades de por sí complejas en atención a sus experiencias históricas y composición plural.

Lo señalado en el párrafo precedente encuentra eco en varios autores que han escrito sobre la situación que vive el constitucionalismo latinoamericano. Por ejemplo, Gerardo Pisarello refiere que

[...] a pesar de ciertos avances indiscutibles, sobre todo en contraste con los oscuros tiempos de las dictaduras, no parece exagerado afirmar que al

¹²⁷ De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología...*, op cit., pp. 48-49.

intento de dar fuerza normativa al Estado de derecho de América Latina le ha ocurrido lo que en aquel monólogo de Borges, en que el autor se piensa dotado de un poder ilimitado para soñar tigres y, sin embargo, sólo consigue dar con pobres y desfiguradas versiones del modelo ideal.¹²⁸

América Latina es una región en la que el conflicto pareciera ser la normalidad, no solo en aspectos políticos sino también en materia económica, social, de seguridad y, desde luego, jurídica.

En general, cuando el conflicto se presenta en cualquier ámbito de la vida pública de las naciones, invariablemente, termina repercutiendo en los demás. Los problemas económicos suscitan conflictos sociales y se utiliza el derecho de formas casi siempre equivocadas que terminan por generar condiciones desfavorables en la integralidad y coherencia de los propios sistemas jurídicos, para el pleno goce y ejercicio de los derechos y las libertades, se altera la distribución de competencias de los poderes públicos, etcétera. Esto no se limita a los momentos de crisis, sino que el conflicto normalizado se extiende como un estadio cotidiano y las medidas equivocadas, sobre todo en el plano jurídico, pueden llegar a institucionalizar el conflicto.

A continuación me propongo referir ciertos datos históricos y particularidades de las constituciones de algunos países de Latinoamérica, con la finalidad de ilustrar la complejidad del constitucionalismo de nuestra región.

La Constitución de Bolivia data del año 2009, sin embargo, la celebración del proceso constituyente del que emergió la Norma Fundamental se llevó a cabo de forma muy conflictiva, pues la oposición abandonó la Asamblea Constituyente para poner en duda su legitimidad y la dinámica de las sesiones fue sumamente accidentada gracias a los complejos candados que se establecieron, por ejemplo,

¹²⁸ Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Siglo XXI, 2002, pp. 279-298.

la aprobación de cada artículo requería la aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea Constituyente.

El proceso constituyente boliviano se llevó a cabo por diversos factores, entre los que destacan la situación económica adversa y el ánimo *anti partidista* generalizado por el rechazo social a los partidos políticos *tradicionales* y, a su vez, alentado por el surgimiento de nuevos actores políticos provenientes de los movimientos sociales; siendo referente Evo Morales, quien habría de ser electo como Presidente y que, tras diversas acciones sumamente cuestionadas, particularmente la tendencia reeleccionista que lo llevó a cooptar los Poderes Legislativo y Judicial para lograr tanto el desarrollo de un proceso constituyente y la resolución sobre la constitucionalidad de su reelección para un tercer periodo presidencial, fue víctima de un golpe de Estado que actualmente tiene al país en una verdadera incertidumbre política, institucional y constitucional.

A lo anterior se añade el hecho de que Bolivia es uno de los países latinoamericanos con mayor porcentaje de población indígena, lo que por décadas ha motivado movimientos comunitarios orientados a la construcción de un sistema jurídico-político en el que se asegure la incorporación de los pueblos y comunidades indígenas a la vida pública del país. Precisamente, ese fue el resultado de la Constitución boliviana de 2009, a la que muchos autores identifican como parte de la gran oleada del movimiento conocido como *constitucionalismo transformador*.

De la lectura del preámbulo de la Norma Fundamental boliviana se ilustra de forma diáfana la profundidad de la transformación de los principios del Estado que resultó del proceso constituyente

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Destaca en el caso boliviano la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional “[...] *integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.*”¹²⁹ Así como una fórmula de distribución de jurisdicciones atípicas, como la agroambiental y la indígena originaria campesina.

En Ecuador, durante el periodo comprendido entre los años 1830 y 2008, han regido 20 textos constitucionales distintos. Como muchos otros países de la región, este país sudamericano fue presa de una dictadura militar que concluyó en 1978, tras el conflicto social surgido por la Matanza de Aztra ocurrida el 18 de octubre de 1977. Sin embargo, esta nación –una de las pocas excepciones en América Latina– no fue presa de una hegemonía partidista, pues tanto la derecha como la izquierda ostentaron el poder intermitentemente, lo cual, a su vez, es muestra de la inexistencia de un sistema sólido de partidos políticos.

La Constitución ecuatoriana vigente data del año 2008 y, en similitud al texto constitucional boliviano, incorporó elementos de las identidades indígenas que componen su población.

Un buen ejemplo del alcance del proyecto constitucional ecuatoriano se obtiene de la lectura del artículo 275 de la Norma Fundamental, que dispone lo siguiente

Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

¹²⁹ Artículo 197, fracción I de la Constitución Política del Estado de Bolivia.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

Refiriéndose a las experiencias constitucionales de Bolivia y Ecuador, Boaventura de Sousa Santos refiere que

A pesar de sus diferencias, los dos procesos constituyentes revelan con igual nitidez las dificultades de realizar, dentro del marco democrático, transformaciones políticas profundas e innovaciones institucionales que rompan con el horizonte capitalista, colonialista, liberal y patriarcal de la modernidad occidental.¹³⁰

Por su parte, la Constitución argentina vigente fue promulgada en el año de 1853 y únicamente ha sido reformada en seis ocasiones –1860 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994– sin embargo, esto no es precisamente señal de su estabilidad.

A finales de la década de 1980, Argentina atravesó un proceso de hiperinflación económica que puso en vilo la estabilidad del Estado; la moneda dejó de servir como unidad de cuenta para obtener los productos necesarios para satisfacer las necesidades básicas y fue necesario implementar reformas estructurales para introducir al Estado argentino a la dinámica del fenómeno globalizador económico, lo cual permitió la apertura del comercio tanto en el plano regional como en el global y la apertura financiera mediante la libre movilidad de capitales regionales con base en las tendencias de las finanzas globales, sin embargo, esto a su vez se acompañó de modificaciones en la legislación laboral que provocaron la reducción del catálogo de derechos de las y los trabajadores y el debilitamiento de los sindicatos. Asimismo, la reforma del Estado promovió la

¹³⁰ De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, México, Siglo XXI, Universidad de los Andes, 2010, p. 94.

privatización de servicios públicos y, en consecuencia, se presentó un fenómeno de pérdida de control democrático debido al reforzamiento de los poderes corporativos.

En el año de 1994, en un contexto económico, social y político que es el resultado de la transición democrática de los años ochenta y de la adopción del neoliberalismo al inicio de los noventa, se llevó a cabo la última reforma de la Norma Fundamental argentina, gracias al consenso entre los líderes de las fuerzas políticas dominantes en aquella época, a saber, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, quienes adoptaron el denominado Pacto de Olivos que trazó la ruta consensuada para la reforma constitucional de 1994.

Alberto A. Natale, quien fuera diputado de la Convención Nacional Constituyente para la reforma de 1994, relata que el Pacto de Olivos fue un intercambio de intereses personales de los líderes políticos bajo una supuesta representación de sus respectivas organizaciones, y tuvo como objetivos fundamentales la reinstalación de la reelección a cambio de la limitación de los poderes presidenciales.¹³¹ Sin embargo, esto no fue así.

La reforma fundamental argentina de 1994 trajo, entre otros, los siguientes cambios relevantes: i) la reinstalación de la reelección presidencial; ii) reconocimiento de *nuevos derechos*, entre los que destacan el *habeas data*¹³² y los derechos políticos, estableciéndose la obligación del sufragio y la participación obligatoria de las mujeres en los comicios; iii) la protección al ambiente y la concurrencia de la legislación ambiental entre la nación y las provincias; iv) la elevación a rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos; v) la creación del Concejo de la Magistratura con facultades de selección, designación y remoción de las y los Magistrados y la administración del Poder Judicial; vi) un nuevo régimen de distribución de recursos fiscales entre las provincias y la nación;

¹³¹ Natale, Roberto A., "La reforma constitucional argentina de 1994", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 219-237.

¹³² *Idem*. El *habeas data* argentino tiene como finalidad habilitar a toda persona a exigir mediante un proceso sumarísimo la protección de sus datos personales que obren en los registros de bancos de datos públicos o privados.

y, en total contrariedad a los fines del Pacto de Olivos, vii) el fortalecimiento de la Poder Ejecutivo mediante el otorgamiento de facultades para emitir decretos de necesidad y urgencia, veto parcial de leyes y delegación de facultades legislativas por parte del Congreso.

Por lo tanto, la reforma constitucional argentina del año 1994 no logró los objetivos que en un inicio la motivaron, sino por el contrario, varios son los puntos controvertidos de las adiciones y modificaciones de los preceptos que resultaron del proceso, muchos de ellos, en directa tensión con los principios democráticos que sustentan el modelo de Estado constitucional. Además, las últimas tres décadas demuestran que la realidad argentina no ha sido precisamente estable, las crisis económicas y la polarización social por los debates en torno al reconocimiento de ciertos derechos han sido una constante en el país sudamericano.¹³³

El caso de Colombia es uno de los que de mejor forma ilustran la normalización del conflicto en las naciones latinoamericanas. En el siglo XIX ocurrieron en aquel país doce guerras civiles, siendo la más letal la denominada *Guerra de los 1000 días* que culminó en 1905. En 1910 se reformó la Constitución de 1880 –ultra conservadora–, lo que dio pie a la colonización de los Andes de la Región Central del país y a la titulación de tierras cafetaleras en favor de cacicazgos.

Ya en el siglo XX, en la década de 1920, una vez que se hizo evidente la importancia del negocio cafetalero en Colombia, iniciaron conflictos sociales por la titularidad de la tierra que los campesinos trabajaban, suscitándose invasiones de tierras y conatos de violencia en la región. La colonización armada de las tierras continuó y la dinámica del conflicto se centró en la propiedad comunal de la tierra, lo cual dio pie al surgimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de

¹³³ Un ejemplo claro de los ríspidos debates es el referente al aborto. En 2018, el Senado argentino rechazó la iniciativa de ley para la despenalización del aborto presentada por el entonces presidente Mauricio Macri, sin embargo, el pasado 30 de diciembre de 2020, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo N° 27.610, y con fecha 14 de enero de 2021, fue promulgada mediante su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Colombia (FARC) y a diversas células guerrilleras de ideología comunista. El Ejército de Liberación Nacional (ELN) fue uno de los más radicales.

Durante el periodo de 1982 a 1990 ocurrió un ciclo de reformas para hacer frente a los conflictos sociales y políticos que habían desatado la violencia en el país, sin embargo, sus efectos desataron una nueva guerra.

A inicios de la década de los 90 se inicia en Colombia un proceso constituyente, al que se sumaron las ideologías y exigencias sociales para la creación de una Constitución pluralista e incluyente. El resultado fue la Constitución colombiana de 1991, la cual tuvo por objetivo atender “[...] *demandas de diversos sectores políticos y sociales que exigían el reconocimiento efectivo de derechos políticos y económicos* [...]”.¹³⁴ La nueva Constitución trajo consigo “[...] *reformas políticas que ampliaron las formas de representación electoral, profundizaron la descentralización política y fiscal, e incluyeron elementos de democracia participativa y reconocimiento de los derechos políticos, económicos y sociales.*”¹³⁵

Sin embargo, aprovechando la apertura de esos espacios de representación, los grupos paramilitares –guerrillas– y las organizaciones del crimen organizado diversificaron sus actividades delictivas y lograron que el conflicto que hasta ese punto impactaba al Estado en el ámbito de la seguridad, se trasladara al plano de lo político-institucional, con el apoyo y colusión de varias organizaciones políticas, grupos económicos y ciertos sectores de la milicia.

Como respuesta, el gobierno colombiano inició un proceso de *depuración* implementado mediante el fortalecimiento de las fuerzas armadas y la *militarización* de la seguridad pública en el país, lo cual trajo consigo consecuencias sumamente dañinas, pues incrementaron las violaciones de

¹³⁴ Hincapié Jiménez, Sandra, “Conflicto social, reformas estatales y crimen organizado: México y Colombia, 1982-2012”, en Ansolabehere, Karina *et al.* (coords.), *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes; México, FLACSO, 2015, pp. 3-43.

¹³⁵ *Idem.*

derechos humanos por parte de los elementos castrenses y se presentaron innumerables casos de ejecuciones extrajudiciales.

Esta política fue implementada por el entonces presidente Álvaro Uribe, quien a su vez impulsó en el año de 2006 una reforma constitucional para incorporar la reelección, lo que le permitió asumir un segundo mandato a costa del debilitamiento del sistema de pesos y contrapesos de los poderes públicos por el inevitable fortalecimiento de la figura del Poder Ejecutivo.¹³⁶

Hasta el día de hoy, Colombia sigue padeciendo los efectos de la guerra contra el narcotráfico y los grupos paramilitares. Las heridas que el pueblo colombiano ha sufrido tras 52 años de conflictos armados provocaron, en el año de 2016, que él *no* triunfará en el plebiscito sobre los acuerdos de paz.

A pesar de todo, Colombia tiene fuertes esperanzas de lograr una pronta consolidación de la cultura constitucional gracias a que su Corte Constitucional ha desarrollado una labor fundamental para la garantía y eficacia de los derechos humanos a través del despliegue de diversas líneas jurisprudenciales mediante las cuales ha realizado la interpretación de distintos preceptos y principios constitucionales que han dotado de contenido a los derechos fundamentales reconocidos en la Norma Suprema de aquel país.

La experiencia de Venezuela es otro ejemplo claro de las complejas realidades de las naciones de la región latinoamericana. Hasta el año de 1999, la Constitución que regía aquella nación había sido promulgada en el año de 1961.

Desde el año de 1958, tras la caída de la dictadura militar en 1957, en Venezuela se habían celebrado elecciones democráticas, pero llegado el año de 1989 estalló un conflicto social sin precedentes producto del hartazgo hacia un sistema político corrupto, elitista y marginador que derivó en el conocido *Caracazo*, que consistió en una protesta en la que miles de venezolanos salieron a las calles como reacción popular frente las reformas neoliberales aprobadas en aquel año. Aunque identificado con el nombre de la ciudad capital, el movimiento ocurrió en siete ciudades de forma masiva. El gobierno venezolano reaccionó a la protesta reprimiendo a las y los participantes; en una primera fase, utilizando las

¹³⁶ *Idem.*

fuerzas policiales, quienes no lograron contener a los inconformes y, sorprendentemente, optaron por sumarse a la protesta. Ante el fallido intento represor por parte del gobierno a través de las fuerzas del orden civil, en una segunda fase se envió al ejército a las calles.

Los datos no son del todo precisos, pero algunos señalan que se sumaron alrededor de dos mil muertes en todas las ciudades durante los seis días que duró la protesta. Al interior de las propias fuerzas armadas se presentó un quiebre de grupos con influencia como consecuencia de la oposición de ciertos de ellos a la represión del pueblo.

El 4 de febrero de 1992 estalló la rebelión –insurrección– militar del Movimiento Bolivariano Revolucionario encabezado por Hugo Chávez, quien lideró un intento de golpe de estado que fracasó y le valió su apresamiento.

Tras ser liberado en el año de 1994, Chávez continuó abanderando la causa de transformar el Estado por la vía de las armas. Sin embargo, en el año de 1997, ante la fuerte presión de diversas organizaciones sociales, Chávez aceptó participar en las elecciones de 1998, en las cuales resultó electo como Presidente.

Un episodio de enorme relevancia histórica es aquel en el que Chávez, en el acto de toma de posesión de la presidencia de Venezuela, pronunció las siguientes palabras: *“Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro.”*¹³⁷

Así, en el año de 1999 inició en Venezuela el proceso constituyente del que emanó la Norma Fundamental que rige hasta la fecha. Los catedráticos de la Universidad de Valencia, Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, señalan que “[a] pesar de que también incorporó algunos errores, lo cierto es que

¹³⁷ Pace, Alessandro, “Muerte de una Constitución (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, septiembre-diciembre de 1999, pp. 271-283.

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [del año 1999] fue un avance democrático en el país y en la región.”¹³⁸

A lo largo de la historia moderna de México, es decir, posterior a la conquista, han regido múltiples textos constitucionales, cada uno compuesto de elementos que ilustran los sucesos sociopolíticos de la época en que fueron promulgados.

Las constituciones que han regido en México son: la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada el 18 de marzo de 1812; el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1812; el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de fecha 18 de diciembre de 1822; el Acta Constitutiva de la Federación, dictada el 31 de enero de 1824; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 04 de octubre de 1824; las Leyes Constitucionales promulgadas mediante decretos publicados en diciembre de 1835 , abril de 1836 y diciembre de 1836; las Bases de la Organización Política de la República Mexicana, del 12 de junio de 1843; el Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847; la Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857; el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de fecha 10 de abril de 1865 y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917.

La Constitución de 1917, vigente hasta nuestros días, ha sido objeto de un total de 744 reformas.¹³⁹

Hace algunos años el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en coordinación con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional emprendieron un proyecto coordinado por los doctores Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, al que denominaron

¹³⁸ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Àgora – Revista de Ciencias Sociales*, Valencia, núm. 13, 2005, pp. 55- 68.

¹³⁹ Datos al día 28 de septiembre de 2020. Información consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

*Constitución reordenada y consolidada*¹⁴⁰; cuyo objetivo fue el de analizar el desarrollo del texto de la Norma Fundamental mexicana de 1917 a la luz del acelerado reformismo que la caracteriza. El proyecto derivó en la propuesta de depurar la Constitución mexicana y crear de una Ley de Desarrollo Constitucional. En el estudio introductorio del proyecto se establece que

[...] si bien la Constitución se ha actualizado y modernizado significativamente, de tal modo que su texto vigente incorpora ya los elementos y las instituciones principales del constitucionalismo contemporáneo, lo cierto es también que las continuas reformas y adiciones que ha sufrido han dado por resultado un texto cada vez más extenso, desordenado, asistemático y descuidado desde el punto de vista técnico; en consecuencia, es evidente que la dinámica actual de enmienda al texto constitucional ha topado ya con sus límites, por lo que resulta imperativo encontrar otras opciones que le den estabilidad y viabilidad.¹⁴¹

Retomando las ideas del texto Gerardo Pisarello, quien analizando el Estado de derecho y la crisis de la soberanía en Latinoamérica, que define como una *pesadilla*, concluye que la realidad de la región es producto de factores tanto internos como externos. Respecto de los factores internos, el autor explica que consisten en la perversión de las notas clásicas del Estado de derecho propuestas por Elías Díaz, que son: i) *El imperio de la ley*; ii) *la división de poderes*; iii) *la fiscalización de la administración*; y iv) *los derechos fundamentales*. Mientras que respecto de los factores externos señala que son consecuencia de los fenómenos propios de la globalización que obligan a las naciones latinoamericanas a subordinarse frente a los órdenes económicos y políticos internacionales.¹⁴²

¹⁴⁰ Existe un micrositio del proyecto <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>

¹⁴¹ El documento se encuentra disponible para su consulta en http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/files/Estudio_Introductorio.pdf

¹⁴² Pisarello, Gerardo, "Estado de derecho y...", *cit.*

Pero no todo es negativo. A pesar de las duras experiencias antes reseñadas y las de otras naciones que no he referido, el constitucionalismo latinoamericano ha dado importantes pasos hacia la consolidación de una cultura constitucional que permita a los habitantes de la región aspirar a mejores condiciones de vida, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los derechos humanos como en las aspiraciones de igualdad y bienestar.

Esto es así porque “[...] *el nuevo constitucionalismo latinoamericano está creando una forma constitucional propia, reconocible en varios de sus productos, que va tomando perfiles claros [...]*”.¹⁴³ Es decir, las naciones latinoamericanas han optado por el camino de la construcción de normas fundamentales que permitan atender sus especificidades históricas, sociales, políticas y culturales con miras a definir sus propias *identidades constitucionales*.

Si bien existen muchas coincidencias en los procesos –tanto constituyentes como de reforma– que las naciones latinoamericanas han llevado a cabo y que marcan claramente su transición al modelo de Estado constitucional, las experiencias particulares de cada uno exige un análisis individual de sus realidades constitucionales.

Un valioso esfuerzo por identificar coincidencias en los textos constitucionales latinoamericanos es el realizado por Rodrigo Uprimmy, quien identifica varios puntos de encuentro que, analizados desde un plano abstracto, reflejan la tendencia de las naciones de la región para transitar el modelo constitucional, y que resumo a continuación: i) el reconocimiento del pluralismo con miras a integrar a los grupos históricamente discriminados a la vida pública; ii) la ampliación del catálogo de derechos humanos y sus garantías de eficacia y protección; iii) la asunción un sistema de fuentes flexible marcado por el reconocimiento del carácter vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; iv) el establecimiento de mecanismos de defensa de los textos constitucionales; v) el fortalecimiento de la democracia mediante la incorporación de mecanismos de democracia directa; vi) el reforzamiento de los poderes judiciales mediante la creación de Tribunales Constitucionales; vii) la

¹⁴³ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “El proceso constituyente venezolano...”, *cit.*

diversificación del principio de división de poderes mediante el surgimiento de órganos constitucionales autónomos; y viii) el carácter normativo de las constituciones como parámetro de regularidad de los sistemas jurídicos nacionales.¹⁴⁴

Todas estas coincidencias se alinean perfectamente al catálogo de elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional que he definido con anterioridad. Sin embargo, Uprimmy también resalta el hecho de que a pesar de identificar dichas coincidencias, existen divergencias importantes, que son: “[...] i) *el propósito general y la lógica de los procesos constitucionales*, ii) *ciertos contenidos y orientaciones de los ordenamientos constitucionales adoptados*, y iii) *el impacto y las prácticas sociales e institucionales derivadas de esos procesos*.”¹⁴⁵

Esta es precisamente la complejidad de reflexionar en torno a la realidad constitucional de la región latinoamericana. Sin duda, y así lo he venido afirmando, existe una clara tendencia que es compartida por las naciones hacia la adopción del modelo de Estado constitucional, pero de cada realidad surgen aspectos lo suficientemente relevantes como para no considerar al constitucionalismo latinoamericano como un fenómeno homogéneo.

El caso del sistema de fuentes flexibles merece particular atención. Muchos autores consideran que este elemento se traduce en que el derecho positivo se construye a partir de una variada gama de fuentes que trascienden a las clásicas formales y que incluyen a los instrumentos internacionales, particularmente en materia de derechos humanos, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales-regionales –*hard law*–, así como las recomendaciones y opiniones consultivas de instancias que no tienen funciones propiamente jurisdiccionales, como los comités y comisiones de las organizaciones internacionales –*soft law*–.

¹⁴⁴ Uprimmy, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-134.

¹⁴⁵ *Idem*.

Sin embargo, para las naciones latinoamericanas, la flexibilidad del sistema de fuentes va mucho más allá del reconocimiento del *hard law* y del *soft law* internacional, pues el pluralismo de los países de la región ha reconocido como fuentes formales del derecho los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. Sus usos y costumbres, de la mano del reconocimiento de los derechos colectivos de autonomía y libre determinación, habilitan la creación de sistemas jurídicos basados en sus creencias, valores ancestrales y cosmovisiones específicas. Es el caso del reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas en Ecuador y Bolivia, que a su vez han dado pie al surgimiento de instituciones de corte electoral y jurisdiccional cuya composición atiende aspectos de plurinacionalidad y no exige a sus integrantes una formación jurídica de corte occidental como criterio de cualificación para ostentar el cargo. Esto, debido a que los asuntos que resuelven estos órganos, si bien son de naturaleza jurídica por encontrar su solución en normas de tal naturaleza, son también asuntos que exigen un profundo conocimiento de las creencias, prácticas y cultura de los pueblos y comunidades.

De este entendimiento de un sistema de fuentes flexibles, surgen órganos con autonomía constitucional que acentúan el principio de división de poderes sobre la base del reconocimiento de sistemas jurídicos plurinacionales. Lo cual, a su vez, va hilando el arreglo de los elementos o rasgos distintivos del modelo mediante la incorporación de mecanismos de defensa de la Constitución respecto de los contenidos que las luchas de las comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes han logrado incorporar a los textos fundamentales.

Las innovaciones que el constitucionalismo latinoamericano ha generado a través de los procesos constituyentes o de reforma ocurridas en la gran mayoría de los países de la región, en muchas ocasiones son desatendidas o calificadas como irracionales a la luz de los parámetros del constitucionalismo clásico y contemporáneo, ambos de corte liberal.

Sin embargo, como se explicó en el primer capítulo, la ideología liberal ha establecido una visión antropocéntrica del mundo, que ha generado que los lazos

comunitarios y sociales se hayan diluido frente el poderío de la individualidad humana.

Al respecto, al exponer su *sociología de las ausencias*, Boaventura de Sousa Santos identifica cinco lógicas de invisibilización o *no existencia* que han sido utilizadas por la ciencia *eurocéntrica* como herramienta de preservación del colonialismo invisibilizado que impera en lo que él denomina el *Sur global*¹⁴⁶, que a su vez ha perpetuado la marginación histórica de ciertos grupos, como son los indígenas, las mujeres, la comunidad LGBBTTQ+, los afrodescendientes, los migrantes indocumentados, los desempleados, las personas en situación de calle, etcétera.¹⁴⁷

De esas cinco lógicas de *invisibilización* o *no existencia* que identifica el profesor de la Universidad de Coímbra, para el caso del constitucionalismo latinoamericano resulta de enorme relevancia la que denomina la *lógica de la escala dominante*, que provoca la *no existencia* de lo particular o lo local.

La globalización es la escala que en los últimos 20 años ha adquirido una importancia sin precedentes en los más diversos campos sociales [como el derecho]. Se trata de la escala que privilegia las entidades o realidades que extienden su ámbito por todo el globo y que, al hacerlo, adquieren la prerrogativa de designar entidad o realidad rivales como locales [...] Las entidades o realidades definidas como particulares o locales están aprisionadas en escalas que las incapacitan para ser alternativas creíbles a lo que existe en de modo universal o global.¹⁴⁸

¹⁴⁶ De Sousa explica que la idea de un *Sur global* no se sustenta en un criterio de ubicación geográfica, pues existen naciones del *Sur global* en el norte así como naciones del *Norte global* en el sur. Por lo tanto, el *Sur global* representa a ese cúmulo de naciones afectadas por el pensamiento eurocéntrico que históricamente han sido sometidas por los dos grandes efectos de la modernidad, que a su entender son, el colonialismo y el capitalismo.

¹⁴⁷ De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado...*, *op cit.*, pp. 42-44.

¹⁴⁸ *Idem*. Lo que está en corchetes es mío.

Lo que plantea Boaventura de Sousa adquiere mucho sentido cuando contrastamos sus ideas con las de autores que han sido referentes en el campo de la filosofía de la ciencia occidental durante el último siglo. Por ejemplo, Thomas Kuhn afirma que las revoluciones científicas son “[...] *aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en los que un paradigma antiguo se ve sustituido en todo o en parte por otro nuevo incompatible con él.*” ¹⁴⁹

De esta idea surge un elemento en suma relevante para la comprensión de la propuesta de Kuhn, a saber, la incompatibilidad entre el paradigma superado y el que lo sustituye. Este punto lo explica el autor por medio de un paralelismo entre las revoluciones políticas y las revoluciones científicas, siendo piedra de toque de ambas *la sensación de que las cosas funcionan mal*.

Por lo tanto, resulta que en el pensamiento de Thomas Kuhn el proceso de sustitución de un paradigma conlleva necesariamente la confrontación de ideas de quienes defienden uno, por un lado, y las de quienes pretenden sustituirlo, por el otro. De lo cual, sostiene el autor, surgen inevitablemente argumentos circulares cuya intención última es la de persuadir y lograr la superposición del paradigma al que se adhieren.

Este punto es el que resulta más llamativo en el pensamiento de Kuhn, pues parece que el propio autor, férreo defensor de la *cientificidad occidental*, no tiene más opción que reconocer la necesaria existencia de un elemento *acientífico* que resulta indispensable para la consumación de las revoluciones científicas, es decir, la persuasión por la vía del argumento, lo cual se obtiene cuando afirma lo siguiente: “[c]omo en las revoluciones políticas, en la elección de un paradigma no hay una norma superior al consenso de la comunidad pertinente.” ¹⁵⁰

Del contraste entre las ideas de Kuhn y las de Boaventura de Sousa Santos, es posible afirmar que el constitucionalismo latinoamericano se encuentra en proceso de construir ese consenso que le permita ser reconocido como un fenómeno particular específico dentro del gran paradigma del Estado

¹⁴⁹ Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Carlos Solís Santos, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 230.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 233.

constitucional. Sin embargo, para lograr este objetivo aún es necesario sortear la batalla del reconocimiento de nuevos horizontes epistémicos configurados a parir del reconocimiento del sincretismo metodológico que hasta el momento sigue siendo descalificado por los parámetros de producción del conocimiento científico imperantes.¹⁵¹ Al respecto, Carlos Santiago Nino sostuvo que “[n]o es posible hacer generalizaciones universales cuando se pretende caracterizar la actividad teórica que despliegan los juristas en relación con los órdenes jurídicos vigentes.”¹⁵²

Como en muchas otras etapas de la historia, al grado de parecer que estamos frente a una constante, nuestra región vive una realidad compleja, sin embargo, lo cierto es que la época que nos ha tocado vivir se caracteriza por la permanente posibilidad de producción de conocimiento empírico, pues los insumos para la investigación se encuentran a la mano y día con día incrementan.

¹⁵¹ En el derecho, son las ideas de Kelsen a las que se puede atribuir la rotunda negación del sincretismo metodológico para la construcción y explicación de la “ciencia jurídica”, cuando en las primeras líneas de su más representativa obra afirma que : “*Si se autocalifica [a la suya] como teoría <<pura>> del derecho, es debido a que se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no le pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho. En otras palabras, se propone liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños. Este es su principio metodológico básico.*” Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., p. 41.

¹⁵² Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis...*, cit., p. 321.

CAPÍTULO CUARTO. EL FENÓMENO DE CONVENCIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En nuestros tiempos hemos amado en demasía los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia y obscurantismo fueron el teatro de reiterados abusos, también es dura verdad que los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, otra cosa que teatro de los excesos¹⁵³

IV.1 La Constitución convencionalizada

El objeto de las siguientes líneas es el de someter a estudio la idea de la *Constitución convencionalizada* a la luz de la propuesta de racionalidad jurídica que ha sido planteada previamente. Esto, debido a que considero que los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional se ven fuertemente comprometidos frente a tal propuesta.

Hoy en día, el fenómeno de *convencionalización* de las constituciones es tan popular como complejo; por una parte, la historia política y social de nuestra región, aún en proceso de democratización y consolidación de su cultura constitucional, ha provocado en las naciones latinoamericanas el atrincheramiento de sectores sociales con posiciones divergentes al grado de, en algunos casos, ser prácticamente irreconciliables. Así como hay quienes abanderan una necesaria defensa de la soberanía nacional a través de una especie de

¹⁵³ Portalis, Jean-Etienne, *Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil presentado el primero de Pluvioso del Año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular*, trad. de Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/9/discurso-preliminar-sobre-el-proyecto-de-codigo-civil-presentado-el-primero-de-pluvioso-del-a%C3%B1o-ix-por-la-comision-designada-por-el-gobierno-consular.pdf>

caudillismo que hace frente a los proyectos globalizadores, también hay quienes consideran que los Estados deben adaptarse a una dinámica de desarrollo interno cada vez más influenciada por las tendencias internacionales/globales.

Lo cierto es que los Estados constitucionales, al suscribir tratados internacionales, conceden una pequeña porción de su soberanía y asumen obligaciones que en caso de ser incumplidas comprometen su responsabilidad frente a la comunidad internacional en la materia del instrumento de que se trate. La relación entre los Estados constitucionales y la jurisdicción internacional pasa por el conflicto entre el imperio de lo nacional frente al imperio de lo internacional; conflicto que se ha intentado mitigar a través de la construcción de puentes políticos y legales mediante la creación de órganos y normas internacionales que asignan prerrogativas, competencias y obligaciones tanto a dichos órganos como a las naciones.

Asimismo, es importante precisar que los instrumentos internacionales de derechos humanos no configuran un sistema jurídico independiente o superior de los sistemas jurídicos nacionales, y las normas que contienen no están sujetas a su valoración en función de un sistema de fuentes o desde un aspecto de legitimidad del órgano que las emite, sino que deben analizarse a la luz de su contenido específico.

En ese sentido, en la actualidad jurídica, los conflictos normativos que requieran determinar la prevalencia de una norma, ya sea internacional o nacional, deben resolverse mediante el análisis del contenido específico de la misma y su aplicación al caso concreto, valorando, de ser necesario, sus alcances protectores, lo cual es congruente con la idea de un modelo de Estado en el que la razón nuclear de su existencia es la protección el valor de la dignidad humana.

Sin embargo, lo anterior no implica que las autoridades y operadores jurídicos puedan utilizar el discurso de los derechos humanos a manera de aplanadora de aquello que responde a los criterios de identidad de los sistemas jurídicos domésticos, o que las complejas y novedosas herramientas interpretativas y argumentativas no encuentren límite alguno cuando persiguen la

tutela de un derecho humano, pues de ser así, estaríamos frente a la época del particularismo y de las subjetividades.

Así, en un contexto de acelerado desarrollo del DIDH y de creciente protagonismo de los tribunales internacionales-regionales que por la vía de sus resoluciones y mediante la aplicación de novedosos mecanismos de interpretación y aplicación de las normas internacionales han logrado legitimarse a pesar de la resistencia de algunos Estados, un gran número de académicos, principalmente de América y Europa, han desarrollado la idea de lo que denominan la *Constitución convencionalizada*.¹⁵⁴

Esta idea ha logrado tal aceptación que se ha llegado a considerar como como un elemento más del modelo de Estado constitucional y, en algunos casos extremos, se ha considerado como el punto de partida hacia un nuevo modelo denominado *Estado convencional*.

Naturalmente, la idea de una *Constitución convencionalizada* surge en el campo al que Alf Ross denominaba *law in action*, que en nuestros días es el ámbito de la interpretación y argumentación jurídicas, y se ha impulsado gracias al prolífero desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad que desde hace varios años se ha construido en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que se ha replicado en las naciones de Latinoamérica.

¹⁵⁴ La popularidad que estos temas han ganado tanto en la academia como en la comunidad jurídica es enorme. Basta con echar un vistazo al programa del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional celebrado en la sede de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, durante el mes de octubre del año 2018, en el que figuran mesas bajo rubros como “La constitución convencionalizada”, “El bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad”, “El amparo convencionalizado”, “Justicia constitucional local convencionalizada”, etc. El programa completo del evento puede consultarse en la siguiente liga: <https://congresomexicanoibero.files.wordpress.com/2018/10/programa-viernes-congreso-mexicano-de-derecho-procesal-constitucional-final-18-10-2018.png>. El libro que recoge las memorias del mencionado Congreso fue recientemente publicado: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *La constitución convencionalizada. A 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.

En palabras del padre del control de convencionalidad, Sergio García Ramírez

[...] la trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos hacia los órdenes jurídicos internos [...] ejerce una poderosa influencia en los sistemas domésticos, con gran variedad de proyecciones. A este fenómeno característico de nuestro tiempo denominamos “recepción interna del derecho internacional” [...] De tal suerte, las ideas y las normas del orden internacional ingresan en el doméstico y constituyen ideas y normas de la regulación interna, que de esta manera se sujeta a una suerte de “relectura” y “reconstrucción” [de las normas jurídicas nacionales].¹⁵⁵

Asimismo, conforme a las ideas de uno de sus más férreos promotores, el destacado jurista argentino Néstor Pedro Sagüés, la idea de una *Constitución convencionalizada* implica que

Ya no es factible un autismo constitucional, o una interpretación solamente “nacionalista” de la Constitución. El intérprete operador debe reciclar toda la Constitución según el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tiene que repensar y modelar las cláusulas constitucionales de acuerdo a estos lineamientos; manejarse solamente con las interpretaciones posibles de la Constitución acordes con ellos; realizar modulaciones constitucionales adaptativas (vía interpretaciones aditivas o sustractivas, aptas para hacer empalmar la Constitución con aquellas directrices), realizar integraciones a las lagunas constitucionales conformes a dichas pautas, y por último, en su tramo más

¹⁵⁵ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la..., op cit.*, pp. 26-27.

traumático, inaplicar preceptos constitucionales irremediablemente colisionantes con aquella convención y jurisprudencia interamericana.¹⁵⁶

Reflexionar sobre el fragmento antes reproducido a la luz de las consideraciones que he vertido sobre el papel protagónico de la Constitución en el modelo de Estado constitucional y desde el entendimiento de una racionalidad jurídica que es respuesta de las experiencias históricas, sociales, políticas y culturales de cada nación, inevitablemente me lleva a un resultado fatal; pues comulgar con tal idea conllevaría afirmar que el instrumento articulador del modelo de Estado, que define aspectos tan elementales como la racionalidad del sistema jurídico en función de sus contenidos, debe subrogarse tanto a las previsiones de instrumentos como a las resoluciones de órganos cuya validez y jurisdicción, respectivamente, se encuentran supeditados a su reconocimiento en su propio texto. En términos de una lógica aristotélica, estamos frente a un problema de circularidad, un dilema; pues resulta sumamente complicado imaginar un escenario en el que lo sostenido por Sagüés pueda superar el tamiz de lo *jurídicamente razonable*.

Con la única finalidad de hacer más sencillo el desarrollo de mi posición en torno a la idea de la *Constitución convencionalizada* planteo la siguiente interrogante: ¿en qué se diferencian los efectos de una desmesurada tendencia reformista de la Constitución –como la del caso mexicano– y la constante modificación del contenido sustantivo del texto constitucional por la vía del control de convencionalidad?

La respuesta automática a favor de la idea de la *Constitución convencionalizada*, en algunos casos –la mayoría en la región latinoamericana–, remitiría al hecho de que la propia Constitución reconoce la obligatoriedad de que sus disposiciones guarden conformidad con las normas sobre derechos humanos

¹⁵⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 356.

que forman parte de los tratados internacionales que el Estado haya suscrito y ratificado como parámetro de su propia validez, y que tal previsión se encuentra encaminada a la salvaguarda de los derechos humanos y, por tanto, a la potencialización de la razón nuclear del modelo de Estado constitucional que es protección del valor supremo de la dignidad de las personas. Y con esta respuesta, en términos generales, estoy de acuerdo.

Sin embargo, la cuestión central no se logra dilucidar mediante la simple reducción de las reflexiones a la materia de los derechos humanos, pues aun cuando estos se encuentran en el centro del discurso jurídico contemporáneo, nuestra disciplina no se agota en ellos. Por lo tanto, es necesario formular una nueva interrogante para ampliar el ejercicio reflexivo: ¿qué sucede cuando la superposición de los contenidos convencionales a los preceptos de la Constitución no se justifican conforme los principios de la racionalidad jurídica que a partir de ella se han definido?

Al respecto, Ferrajoli ha identificado una problemática a la que ha denominado la crisis del derecho y de la razón jurídica, la cual a su vez considera que es resultado de las diversas crisis de la legalidad, del Estado social y del Estado nacional, y que explica de la siguiente manera

Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto [...] equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho.¹⁵⁷

De las ideas del jurista italiano se desprende una cuestión sumamente relevante, que ha sido objeto de análisis por parte de los representantes de las más influyentes corrientes de pensamiento jurídico en los últimos siglos, y que consiste en la pretensión de eficacia del derecho, de las normas jurídicas. Ferrajoli

¹⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 15-20.

nos alerta sobre riesgo de sabotear la consolidación de lo que los anglosajones han denominado *Rule of Law*.

La importancia del *Rule of Law* radica en que cuando se encuentra garantizado “[l]os ciudadanos [...] pueden entender el contenido de la[s] regla[s] jurídica[s] y prever las consecuencias de cumplir y también violar la[s] regla[s]”.¹⁵⁸

Por otra parte, es importante señalar que los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional no siempre funcionan y se articulan como los engranes de una máquina de reloj, sino que en ocasiones se encuentran en tensión; es el caso de Constitución y democracia. La democracia tiene como objetivo la distribución del poder a través de los mecanismos que se desarrollan y establecen en la propia Constitución y en las leyes, mientras que la Constitución se configura a partir de contenidos y fórmulas para el correcto ejercicio del poder y mecanismos orientados a limitarlo.

De lo anterior surge una –profundamente analizada– tensión entre ambos elementos, que consiste en los límites materiales que impone la Constitución a la legislación¹⁵⁹, entendida esta última como producto de la función de producción normativa a cargo del Poder Legislativo que se caracteriza por ser el foro en que se concentran y dialogan las distintas voces e ideologías que coexisten al interior del Estado y, por tanto, expresión misma de su pluralismo, que a través de representantes elegidos democráticamente –dimensión representativa de la democracia– dan forma a las leyes que han de regir la vida interna de cada nación, de sus individuos, sus comunidades y de la sociedad en su conjunto.

Asimismo, y en estrecha relación con lo anterior, resulta que la Constitución a su vez faculta al Poder Judicial –naturalmente *contramayoritario*– para anular las leyes que contravengan el texto constitucional. Por lo tanto, las y los jueces, con base en el imperio que la Constitución les otorga, se encuentran legitimados para

¹⁵⁸ Luque, Pau, “*Rule of law* y casos recalcitrantes”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-diciembre de 2020, pp. 217-246.

¹⁵⁹ Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2008, pp. 235-245.

desaplicar y, en casos extremos, expulsar del sistema jurídico el producto de la voluntad popular representada democráticamente.

Sin embargo, las tensiones que se presentan entre los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional son circunstancias previsibles, y se solucionan mediante la aplicación del resto, pues se rigen por un principio de complementariedad. Cuando surgen tensiones entre los elementos o rasgos distintivos del modelo, siempre hay opción de echar a andar otros que servirán para reducir y resolver tales tensiones.

Ahora bien, a fin de dar respuesta a la interrogante planteada líneas arriba, me veo obligado a echar mano de la siguiente metáfora. Así como los distintos sistemas del cuerpo humano se encuentran conformados por los órganos que lo integran y ante la falla en el funcionamiento de uno de ellos el sistema entero se ve comprometido en su operación óptima provocando una mayor susceptibilidad a padecer enfermedades, el resultado de tal disfuncionalidad, dependiendo de su gravedad, puede traer como consecuencia la muerte de la persona; de la misma forma, los sistemas jurídicos se integran a partir de los elementos que permiten su entendimiento racional –en los términos de una racionalidad *identitaria*–. Por lo tanto, en caso de que uno de los elementos de racionalidad del sistema jurídico de un Estado constitucional se vea comprometido en forma desmedida frente a la idea de una *Constitución convencionalizada*, la salud del sistema jurídico se vería afectada gravemente, emergiendo el riesgo de la convulsión del Estado mismo.

Por lo tanto, cualquier reflexión en torno a la idea de la *Constitución convencionalizada* debe necesariamente incluir valoraciones que a manera de contraste se realicen tomando en cuenta las *especificidades* de cada nación. Asimismo, si bien en las últimas décadas se han realizado enormes esfuerzos por alentar una cultura constitucional, resulta que

No es muy osado afirmar que con respecto al ordenamiento constitucional existe en América Latina una actitud que difícilmente podría ser calificada de coherente, en efecto, mientras que por una parte se profesa una enorme fe en la Constitución como factor de ordenación democrática, por otra se

tiene clara conciencia de la notoria divergencia que existe entre lo constitucionalmente prescrito y la realidad político-social.¹⁶⁰

En otras palabras, las naciones latinoamericanas no han logrado por completo lo que algunos autores han denominado *vivir en Constitución*.

Dentro de los numerosos cambios –tanto externos como internos– que se han suscitado en la forma en que se entiende y se practica nuestro derecho, el fortalecimiento del DIDH es uno de los fenómenos que mayores complejidades ha sumado a las pasadas concepciones respecto de los contenidos, límites e instituciones que hasta no hace mucho se consideraban verdaderos axiomas.

La teoría del derecho se construye paulatinamente a partir de las permanentes reflexiones de las y los juristas en torno a los problemas tanto generales como particulares de nuestra disciplina; pues a pesar de la abundante doctrina que se ha producido en el ámbito jurídico, los debates en torno al *ser* y al *deber ser* del derecho no están cerca de agotarse, y estos se gestan a partir de una dinámica de ida y vuelta. Es decir, la teoría jurídica se construye tanto en el plano del razonamiento plasmado en los textos doctrinales, como en el ejercicio práctico de la profesión jurídica, y cada plano se nutre de los que se produce en el otro.

En este contexto, han surgido propuestas de solución de las tensiones que se presentan entre varios principios que rigen al derecho actualmente. Relevancia particular ha tenido el Margen de Apreciación Nacional –MAN–, el cual es una de las tantas instituciones que han surgido en el derecho en los últimos años como consecuencia de la nueva dinámica en la que se ha visto inmerso producto del veloz desarrollo del DIDH, particularmente en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de las normas internacionales y su contraste con las normas nacionales en los casos resueltos por los tribunales internacionales-regionales de derechos humanos, frente a lo cual no se han hecho esperar la resistencia y críticas al activismo de estos órganos jurisdiccionales.

¹⁶⁰ Garzón Valdés, Ernesto, “Estado de derecho y democracia en América Latina”, en Carbonell, Miguel et al. (coords.), *Estado de Derecho...*, cit., pp. 205-234.

La teoría del MAN surgió en el plano del ejercicio práctico del derecho que lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– y tiene como fundamento el principio de deferencia hacia los órganos jurisdiccionales nacionales por parte del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la deferencia de un órgano jurisdiccional internacional-regional a la soberanía estatal.

El TEDH utilizó esta herramienta por primera vez en el caso *Vagrancy*¹⁶¹, sin embargo, en aquella resolución se refirió al MAN como *power of appreciation*. A pesar de esto, la mayoría de los autores que estudian esta figura concuerdan en que el primer antecedente formal del MAN es el caso *Handyside vs Reino Unido* (1976), de cuya resolución se desprende lo siguiente:

Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force [...]¹⁶²

A partir de esto, la teoría del MAN se fue desarrollando, en principio, de forma meramente descriptiva; es decir, los textos que abordaban el tema únicamente se limitaban a hacer un recuento de las resoluciones del TEDH en que había sido utilizado y los diferentes propósitos para los que se había echado mano de esta herramienta. Posteriormente, algunos autores comenzaron a organizar la información recolectada y se dieron a la tarea de configurar una teoría propositiva respecto del *deber ser* del MAN en el contexto europeo, realizando críticas a ciertos usos que el TEDH le ha dado y proponiendo ciertos límites y principios para estandarizar su aplicación. Por lo tanto, como era de esperarse, surgieron posiciones tanto afines como críticas a la nueva institución jurídica.

Adicional al principio de deferencia que ya ha sido referido, algunos autores sostienen que el MAN es una especie de prudencia judicial, de autocontrol –*self*

¹⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms y Versyp vs Bélgica*, sentencia del 18 de junio de 1971.

¹⁶² Párrafo 48 del fallo.

restraint– por parte de los tribunales regionales-internacionales para resolver ciertos casos en los cuales no tienen la plenitud del conocimiento contextual de la controversia en razón de las particularidades culturales y sociales de cada país. Y añaden algunos otros elementos a la teoría como lo son el principio de proporcionalidad, el núcleo o contenido esencial de los derechos y el consenso de los Estados.¹⁶³

Como un simple apunte de un aspecto al que no habré de adentrarme por el momento, llama la atención que el surgimiento de esta teoría pareciera haber dado un nuevo aire a las teorías dualistas de los sistemas jurídicos, pues adherirse a la teoría del MAN necesariamente implica “[...] *tener en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional.*”¹⁶⁴

La teoría del MAN ha llegado a identificar tres niveles en el uso de esta herramienta, a saber, estricto, débil e intermedio; los cuales pueden aplicarse en proporción a la gravedad de la violación del derecho en conflicto. En este sentido, podemos afirmar que el MAN conlleva utilizar el principio de proporcionalidad.

Con la finalidad de lograr una mayor claridad expositiva sobre el tema, a continuación haré referencia a algunos textos de autores que se han adentrado al estudio del MAN a efecto de robustecer lo hasta aquí apuntado.

De acuerdo con Marisa Iglesias, el uso del MAN permite al TEDH realizar un análisis particular y contextualizado del actuar del Estado sobre el que recae la acusación, considerando su realidad interna con base en sus condiciones jurídicas, políticas y sociales. Sin embargo, la autora considera que existen varias inconsistencias en el uso de dicha herramienta, particularmente, en la clasificación de los niveles que han sido apuntados líneas arriba. Por lo tanto, Iglesias sugiere

¹⁶³ Mendoza Rodríguez, Ángel Humberto, “El Margen de Apreciación Nacional: Aproximaciones para su aplicación en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 16, diciembre de 2018, pp. 102-107.

¹⁶⁴ Barbosa Delgado, Francisco R., “El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.) *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 51-82.

una distinción teórica del MAN en dos versiones, una voluntarista y una racionalizada, siendo esta última la que es materia de su propuesta académica y que consiste, a grandes rasgos, en percibir al MAN como el resultado de un balance de valores más que como una deferencia a la soberanía de los Estados, lo que en otras palabras significa lograr el equilibrio entre derechos y democracia.¹⁶⁵

Por su parte, en un reciente artículo, Janneke Gerards contrasta al MAN con otra herramienta que ha sido recientemente desarrollada por el TEDH, el *Incrementalismo –Incrementalism–*. Gerards señala que si bien el MAN es una doctrina con un gran potencial, el TEDH ha utilizado esta herramienta como un instrumento retórico vacío, lo cual implica una crítica no a la teoría del MAN en sí, sino al uso que el TEDH le ha dado. En ese sentido, la autora se da a la tarea de exponer las virtudes del MAN a efecto de robustecer su crítica al TEDH, y sostiene lo siguiente:

The margin of appreciation doctrine applies only on the review of reasonableness, no to the definition of the scope of rights. Accordingly, the Court's autonomous and uniform definition of the Convention rights remains unaffected by the doctrine. By contrast, when the Court has to assess the necessity of restrictions of these rights, the doctrine can help it determine the degree to which it will heed specific national standards and circumstances.¹⁶⁶

De igual forma, desde una posición crítica al uso que el TEDH le ha dado al MAN, Jan Kratochvíl publicó un artículo que realiza un pormenorizado análisis de varias resoluciones en que el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado esta

¹⁶⁵ Iglesias Vila, Marisa, "Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 393–413.

¹⁶⁶ Gerards, Janneke, "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, núm. 18, 2018, pp. 495-515.

herramienta. Desde una perspectiva meramente conceptual y tras referir las propuestas de varios autores, Kratochvíl sostiene que el MAN está enraizado en el principio de deferencia y su uso otorga a los Estados un espacio de maniobra legal en el que pueden decidir sobre la interpretación y concreción de ciertas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el análisis de diversas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo que realiza el autor le permite afianzar su posición crítica.¹⁶⁷

Por lo tanto, parecería que el MAN se erige como una opción para resolver ciertos conflictos propios de la coexistencia de jurisdiccionales nacionales e internacionales/regionales, por lo que sería deseable que la Corte de San José acelerara los esfuerzos por construir una sólida doctrina en torno a esta herramienta conciliadora de las normas nacionales e internacionales que tiene como hilo conductor la deferencia a la soberanía estatal, pues esto sería un primer paso hacia la reconciliación de las exigencias que en materia de derechos y libertades exigen las sociedades sin comprometer la estabilidad y racionalidad de los sistemas jurídicos domésticos. Esto, desde luego, con la medida que merece el desarrollar doctrinas que pudieran incrementar la cifra de incumplimientos que actualmente padece el Sistema Interamericano.

Por otra parte, pecaría de omisión y hasta de ingenuidad si obviara anticiparme a combatir una posible réplica formulada a partir de mis propias reflexiones, y que consistiría en hacer notar que la crítica que aquí realizo a la idea de una *Constitución convencionalizada* y el escrutinio al que pretendo someter la doctrina del control de convencionalidad parecería una contradicción de mis ideas, pues recordemos que la propuesta de racionalidad jurídica expuesta en el capítulo anterior fue diseñada bajo una dinámica de interacción gravitatoria en la que todos los elementos y factores involucrados interactúan en torno al valor de la dignidad humana. Por lo tanto, al ser la idea de la *Constitución convencionalizada* y la doctrina del control de convencionalidad herramientas encaminadas a la garantía y

¹⁶⁷ Kratochvíl, Jan, "The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.

protección de dicho valor y de los derechos humanos que de él derivan, esta crítica sería un sinsentido a la luz de la mi propia iniciativa.

Pero esta réplica únicamente podría salir adelante si mi propuesta se agotara en su nivel abstracto, sin embargo, la introducción de un nivel secundario o específico que habilita la obtención de racionalidades jurídicas *identitarias* requiere de la ejecución de una acción de contraste entre el nivel abstracto de la racionalidad jurídica con las *especificidades* de cada nación, que se definen a partir de su experiencia histórica y realidades sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas.

Por lo tanto, el aceptar la idea de una *Constitución convencionalizada* y adherirme incondicionalmente a la doctrina del control de convencionalidad no solo iría en contra de mi propia propuesta, sino implicaría además reconocer que la interacción entre las jurisdicciones interamericana y las domésticas trasciende de la subsidiariedad a la verdadera supranacionalidad, en la que la interamericana se erigiría como superior a las domésticas.

Esto, desde luego, resulta inaceptable, pues las *especificidades* de una nación, que habilitan la obtención de la racionalidad *identitaria* de su sistema jurídico, estarían a merced de factores de alteridad –resoluciones y recomendaciones– provenientes de órganos e instancias que son ajenas a la complejidad que les subyace.

Por ello, considero que, llevadas al extremo, tanto la idea de una *Constitución convencionalizada* como la doctrina del control de convencionalidad, son potenciales catalizadores de anomalías que comprometen la estabilidad del modelo constitucional de Estado y la higiene de los sistemas jurídicos domésticos, pues recordemos que la premisa rectora que guía mis reflexiones reza de la siguiente forma: *la racionalidad jurídica es aquello que es jurídicamente razonable en términos de la Constitución y conforme a las especificidades de una nación determinada.*

IV.2 La raíz ideológica de la *Constitución convencionalizada* y del control de convencionalidad

Habiendo presentado lo que la idea de *Constitución convencionalizada* implica en el entendimiento y operatividad del derecho en la región latinoamericana, a continuación habré de realizar un intento por desentrañar la raíz ideológica de tal propuesta.

Como se refirió en el capítulo segundo, Sergio García Ramírez refiere que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se integra por tres componentes: uno ideológico, uno normativo y uno político-operativo. Siendo que el ideológico “[...] implica la centralidad del ser humano, “antropocentrismo”.¹⁶⁸

La idea de una *Constitución convencionalizada* es resultado del liberalismo más progresista que ha surgido en las recientes décadas, tanto la final del siglo pasado, como las dos primeras del presente. Este pensamiento se caracteriza por la potenciación de los principios liberales de autonomía de las personas y de libertad y acentúa el antropocentrismo que por siglos ha guiado las reflexiones en torno al Estado y la función del derecho dentro de las sociedades, exponenciando el factor de la individualidad.

Quienes abanderan este tipo de progresismo liberal normalmente se adhieren a la mayoría de los proyectos globalizadores contemporáneos, particularmente a aquellos encaminados a la construcción de una moral colectiva a través de la cual se pretenden definir parámetros objetivos de lo políticamente correcto y lo jurídicamente deseable. Por ello, se apela a un concepto de ciudadanía que trasciende a su relación con el territorio de un Estado y, en su lugar, aspiran a la consolidación de una ciudadanía regional o global.

Si bien este progresismo liberal ha cobijado las causas comunes de pueblos, comunidades y grupos sociales que por siglos exigieron mejores condiciones de vida, así como el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, al grado de que tal cobijo pareciera a todas luces una contradicción ideológica por su

¹⁶⁸ García Ramírez, Sergio, *Panorama de la...*, op cit., p. 39.

lejanía del individualismo antropocéntrico que predica, resulta que no es así, pues el *logos* de este progresismo liberal que ha beneficiado colectividades permite una fundamentación razonable de ambas condiciones –individualidad y cobijo de luchas colectivas– sobre la base de un constructivismo racionalista que deviene de un fenómeno que se ha camuflado exitosamente, pero identificado y teorizado por diversos autores, y que consiste en el hecho de que el liberalismo no puede concebirse únicamente como una filosofía política, social o moral, sino que debe analizarse como una forma de entender el mundo en su totalidad.

Es decir, los beneficios de los que estas colectividades han gozado a causa de las victorias impulsadas desde el progresismo liberal son sólo un *gatopardismo* que abona legitimidad a esta forma de entender el mundo. Sin embargo, el fondo del asunto, aquel que nos remite a las cuestiones antropológicas que explican el *por qué* es necesario apostar por el fortalecimiento de las comunidades humanas, es dominado por el demoledor poderío de los criterios de la individualidad.

Por lo tanto, la idea de la *Constitución convencionalizada* es uno de los tantos instrumentos del proyecto globalizador al que Cabo de la Vega ha identificado como *globalización cosmopolita*. En palabras del autor, este proyecto

[...] parte de la idea de que los problemas actuales del mundo –entendiendo por actuales desde la caída del Muro de Berlín, en 1989 hasta el presente– se derivarían de una escasa juridificación de las relaciones internacionales [...] se pretende construir una juridificación análoga a la que tuvieron, en su momento, los estados, pero ahora, en el orden internacional.¹⁶⁹

En el ecosistema académico jurídico internacional, considero que el proyecto de investigación más relevante que sigue esta tendencia de exponenciación de la *convencionalización* es el encabezado por el jurista alemán Armin Von Bogdandy, director del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, quien inició lo que ha denominado *Ius Constitutionale Commune en América Latina* –ICCAL–.

¹⁶⁹ Cabo de la Vega, Antonio, “Globalización y paradigma... *op. cit.*, p. 41.

En palabras del autor, el ICCAL impulsa “[...] *la superación del horizonte estrictamente estatal: interrelaciona el derecho constitucional y el derecho internacional público y les atribuye a las instituciones internacionales una medida importante de autonomía.*”¹⁷⁰

A pesar de que von Bogdandy afirma que el proyecto transformador del ICCAL se apuntala en la interrelación del constitucionalismo y el derecho internacional público, lo cierto es que del análisis general del proyecto, la dinámica que se produce en función de los presupuestos que sus adherentes promulgan muestran claramente que la tendencia es optar por la internacionalización del derecho constitucional sobre la constitucionalización del derecho internacional.

El ICCAL es un proyecto que ha sido construido paulatinamente por varias académicas y académicos tanto de América Latina como de Europa, quienes convencidos por la posibilidad de encontrar coincidencias en los proyectos constitucionales de la región latinoamericana, han producido un amplio acervo bibliohemerográfico cuya finalidad es la de estimular el surgimiento de proyectos constitucionales *transformadores* a partir de un núcleo común: el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.¹⁷¹

Lo anterior es así porque, a decir del precursor del ICCAL:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana depende, primero, del pluralismo social, ya que muchas de sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de agrupaciones de la sociedad civil. Segundo, sus sentencias habitualmente apoyan al pluralismo social o al pluralismo étnico-cultural. Tercero, la firmeza con la cual actúa respecto a situaciones internas, ha hecho de su relación con los tribunales [nacionales] un tema clave.¹⁷²

¹⁷⁰ Von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, p. 25.

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Ibidem*, p. 34.

Sin embargo, mi opinión es que a pesar de la admirable producción académica que este ambicioso proyecto ha logrado en los pocos años de su existencia, el punto de partida epistemológico que guía la investigación ha sido adaptada de forma tal que se ha pretendido desdibujar el escenario de complejidad que América Latina representa en prácticamente todos los aspectos de la vida. Las experiencias históricas y realidades políticas, económicas, culturales, sociales y jurídicas de cada nación construidas a partir de fenómenos, movimientos y luchas muy particulares, si bien pudieran analizarse desde una forzada similitud, encuentran sus orígenes en cuestiones cuya integración dentro de un marco de referencia de pretendida objetividad invisibilizan la profundidad de las raíces *identitarias* de cada comunidad, pueblo, sociedad o país.

Lo anterior no es producto de una conclusión apresurada, pues en palabras de Armin von Bogdandy:

El *Ius Constitutionale Commune en América Latina* se apoya en los elementos de cercanía cultural y la historia jurídica compartida de la región, la cual es producto de la colonización ibérica, la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Canonici*, la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución de Cádiz y el derecho constitucional y administrativo francés, así como en el ideal de una gran unión latinoamericana y su consiguiente fracaso. El ICCAL lucha, en consonancia y cooperación con actores en otros sistemas sociales, contra problemas compartidos, en particular la desigualdad y la exclusión de amplios sectores de la sociedad, el legado de los gobiernos autoritarios, la sombra de intereses norteamericanos, el hiperpresidencialismo, así como la frecuente debilidad del derecho. Existe además amplio consenso respecto del camino a tomar. Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal.¹⁷³

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 36-37.

Por lo anterior, a reserva de una interpretación diversa de las, a mi parecer, claras ideas del autor, el proyecto *transformador* del ICCAL se sustenta en la homologación de experiencias supuestamente similares de naciones azotadas por la colonización tanto cultural como jurídica, que resulta necesaria por la sistemática desconfianza hacia las autoridades e instituciones domésticas, que se presentan como incapaces de generar los arreglos constitucionales y legales necesarios para asegurar el correcto desarrollo de las personas, comunidades y sociedades. Por ello, la idea de ir el todo por el todo hacia la regionalización del derecho.

El hecho de que el ICCAL pretenda analizar el *fenómeno constitucional latinoamericano* –como si fuera uno– desde una óptica que sitúa en el centro al SIDH, es clara muestra de sus pretensiones de supranacionalidad, respecto de las cuales no se emite aquí un juicio de valor, sino que se apela a la necesidad de analizar la conveniencia de aspirar a tales condiciones visto el escenario de *inmadurez constitucional* de la naciones de la región.

Asimismo, la idea de una *Constitución convencionalizada* no es comprensible sin el análisis del control de convencionalidad, reciente institución que surgió en sede de la Corte de San José, y que a través del desarrollo jurisprudencial de dicho órgano se ha ido transformando y fortaleciendo, pero que a pesar de los grandes progresos que ha impulsado en la región, a su vez ha hecho surgir problemáticas respecto de la consolidación de la cultura constitucional de las naciones latinoamericanas.

En un reciente ensayo, Eduardo Acosta ofrece una interesante crítica del concepto de *convencionalidad*, ya que tal y como señala en el título de su ensayo, considera que existe un grave problema *genético* del concepto.¹⁷⁴

Tras realizar un recuento de los antecedentes del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, Acosta atinadamente detecta que a diferencia de la mayoría de los conceptos jurídicos, el control de

¹⁷⁴ Acosta Yparraguirre, Eduardo, “El problema genético del concepto *convencionalidad*”, *Díakon*, Chía, núm. 29, 1, 2020, pp. 165-201.

convencionalidad “[...] es un producto judicial surgido a partir del ejercicio en el tribunal, no es un concepto jurídico que se aplica luego en litis, sino que de la litis se ha desprendido un concepto.”¹⁷⁵

Posteriormente, señala que el objetivo del control de convencionalidad puede diseccionarse en dos expresiones, a saber, la *obligación de garantía* y la *verificación de conformidad*.

Respecto de la *obligación de garantía*, el autor afirma que se trata de una “[...] *sujeción de la normatividad interna de cada país, de modo que se asegure el respeto y la promoción permanentes de los derechos humanos*”¹⁷⁶, Circunstancia que inmediatamente critica cuestionando la necesidad de reiterar dicha exigencia cuando en la mayoría de las constituciones modernas, incluidas las de las naciones latinoamericanas, ya se encuentra prevista.

Por cuanto a la *verificación de conformidad*, considera que “[...] *trae implícito un concepto de subordinación [ya que] no se trata de otra cosa que de una adecuación mandatoria*”, pues al no existir “[...] *un plano de igualdad u horizontalidad, esto entraña, evidentemente, un desnivel de jerarquías y una situación de sumisión y acatamiento de una contra otra*”,¹⁷⁷ en el caso, del derecho interno al texto de la Convención.

Con base en lo anterior, Acosta conceptualiza el control de convencionalidad como

[...] el deber de observancia obligatoria que tienen los jueces y toda autoridad pública con respecto al texto normativo de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, que es su máximo intérprete. Esta actividad implica de parte de todo el aparato del Estado, tanto la expedición de normas y desarrollo de prácticas que conduzcan a promover y mantener las

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Idem.*

garantías previstas en la Convención, así como la supresión, también de normas o prácticas que impliquen violación de dichas garantías.¹⁷⁸

Todo lo anterior, más allá de la evolución del concepto en la producción jurisprudencial de la Corte de San José, es una idea cimentada en el principio *pacta sunt servanda* que sentó las bases para el desarrollo del derecho internacional desde los primeros años posteriores a la Paz de Westfalia.

Por ello, en similar dirección a la que este texto se dirige, el autor pone en duda el automático *pedigrí* de corrección jurídica –pero más, política– que implica abanderar la doctrina del control de convencionalidad.

Abundando sobre este tema, creo que cualquiera estaría de acuerdo en que sería ilógico pensar que un Estado que en ejercicio de su soberanía se adhiere a un tratado internacional, sea de derechos humanos o cualquier otra materia, acepta de inmediato la subordinación de su derecho interno, pero sobre todo, de su Constitución, a las normas de aquel tratado, así como al producto de la interpretación que un órgano internacional-regional realice de sus disposiciones, pues ello implicaría que dicho Estado, *ex ante*, asume compromisos internacionales anticipando la *derrotabilidad* constante de las normas que componen su sistema jurídico. Es decir, pretender afirmar lo anterior sería tanto como aceptar que el Estado reconoce pública e internacionalmente que cuenta con un sistema jurídico deficiente, cuando en realidad, cada Estado construye, depura y perfecciona su sistema jurídico con base en su experiencia histórica y realidades políticas, culturales y sociales, y no con la mira puesta a la valoración que del mismo realicen otras naciones, instituciones u órganos internacionales.

En similar sentido, Miriam Henríquez Viñas sostiene que la doctrina del control de convencionalidad, particularmente el que ella denomina como *interno*, es decir, el que llevan a cabo por instancias nacionales, carece de definiciones que comprometen el objeto mismo de su surgimiento, a saber, la protección de los

¹⁷⁸ *Idem.*

derechos y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la CADH y en las normas que componen el *corpus iuris interamericano*.¹⁷⁹

Henríquez Viñas indica que las flaquezas de mayor delicadeza son las concernientes a los sujetos destinatarios y al parámetro y objeto del control de convencionalidad. Frente a tales problemáticas, la autora expresa lo siguiente

En mi opinión, la extensión progresiva impulsada por la Corte por medio de sus fallos desde los jueces –como aplicadores del Derecho y eventualmente con facultades para no aplicar una norma en ejercicio del control difuso de constitucionalidad– a toda autoridad pública plantea la ampliación de las facultades de todos los órganos del Estado, los cuales, a partir de este control, tendrán atribuciones jurisdiccionales con competencias invalidatorias o de inaplicación. El efecto descrito contraviene el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, en el cual las competencias de los órganos del Estado –y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción– solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley.¹⁸⁰

Resulta indubitable, pues, que la doctrina del *control de convencionalidad* que sustenta la idea de una *Constitución convencionalizada* adolece aun de una solidez que hace desproporcionado el umbral de aceptación que ha logrado en la región.

IV.3 Jurisprudencia interamericana y control de convencionalidad

Varias han sido las críticas dirigidas al protagonismo que los tribunales han asumido en el modelo de Estado constitucional, tanto en la esfera nacional como en la internacional. Hay quienes argumentan que los tribunales internacionales-

¹⁷⁹ Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 12 (24), pp. 113-142, enero-junio de 2014.

¹⁸⁰ *Idem*.

regionales –particularmente los de derechos humanos– se alejan de los contextos históricos de las comunidades y, en consecuencia, aletargan el desarrollo de los sistemas jurídicos nacionales, lo que a su vez genera incertidumbre tanto para las personas como para las propias instituciones.¹⁸¹

El protagonismo del que dota el modelo de Estado constitucional a las y los jueces, en ocasiones ha derivado en un abuso por parte de los propios juzgadores al momento de resolver ciertos casos construyendo sus resoluciones a partir de argumentos quiméricos que lejos están de ajustarse a la realidad de las experiencias históricas y realidades sociales, políticas y culturales que deben valorar para resolver la cuestión que se les presenta.

Es aquí donde toma relevancia la crítica garantista de Ferrajoli apuntada previamente, pues el poder interpretativo del que se ha dotado a las y los jueces, sin los controles y límites necesarios, puede derivar en el vaciamiento de los sistemas jurídicos y revitalizan la llamada *crítica contramayoritaria* que se le ha dirigido a la función jurisdiccional durante varias décadas.

Alexander Bickel explica que esta crítica parte de un argumento que afirma que cuando las cortes declaran inconstitucional un producto legislativo o un acto de alguna autoridad electa democráticamente, frustran la voluntad de las y los representantes del pueblo, por lo que su control no lo realizan en representación de la mayoría, sino en contra de ella.¹⁸² Sin embargo, a pesar de que dicha crítica ha y sigue pronunciándose por distintas voces, fue replicado certeramente desde hace más de dos de siglos por Alexander Hamilton en uno de los artículos que componen *El Federalista*, en el que sostuvo lo siguiente

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del

¹⁸¹ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short*, op. cit., p. 48.

¹⁸² Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., Nueva York, Yale University Press, 1986, p. 16-17. Textualmente “[...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.”

mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos permiten, sino incluso lo que prohíben.¹⁸³

En ese sentido, resulta que, en el marco del modelo de Estado constitucional al que la mayoría de las naciones latinoamericanas transita, todo ejercicio interpretativo de índole jurídico requiere de una correcta referencia a contenidos constitucionales, tal y como se señaló en el capítulo precedente al definirse los atributos que deben caracterizar al juez en dicho modelo.

Aún en los casos en los que la solución implica sobreponer una disposición convencional a una constitucional, el juzgador se encuentra obligado a dar cuenta de los razonamientos que le permitieron llegar a tal conclusión a partir de argumentos cuyo punto de partida es el propio texto constitucional. Por lo tanto, en el Estado constitucional, resulta más importante que nunca evitar la hipertrofia de la función interpretativa, pues el equilibrio de los métodos implica ubicarse en un punto medio en el que dicha labor no se lleve a los extremos del nacionalismo constitucional ni al eclipse convencionalista de la Constitución.

Por ello, se debe poner especial atención en identificar la tenue frontera entre interpretar un texto jurídico existente, que resulta un ejercicio cuyo punto de partida se sitúa en su significado literal, y la creación de uno nuevo.¹⁸⁴

En un reciente texto, Rocío Villanueva analiza el proceder de la Corte de San José al resolver el complejo caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro)

¹⁸³ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, 2a ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 332.

¹⁸⁴ Barak, Aharon, "Hermeneutics and constitutional interpretation", en Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994, pp. 253-260.

Vs Costa Rica,¹⁸⁵ dando razones sólidas para apelar a la prudencia en lo que a la idea de la *Constitución convencionalizada* se refiere. La autora afirma lo siguiente

Estoy convencida de que la Corte IDH cumple un rol fundamental en la protección de los derechos humanos en América Latina. No obstante, este incuestionable y activo rol debe ser llevado a cabo dentro de los límites del Derecho, lo que supone respetar las normas de competencia. Evidentemente, lo dicho no significa defender que sus jueces sean formalistas, es decir, que atiendan únicamente al texto de ley, dejando de lado las razones subyacentes o que olviden los fines que persigue la práctica jurídica (Atienza, 2013: 22). No obstante, desconocer los límites que marcan las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es reducir el Derecho a una sola dimensión (la valorativa) y, como sostiene Atienza, al negar que también es una práctica autoritativa le quitamos sus señas de identidad (2015: 4–5). Las tensiones entre las dimensiones autoritativa y sustantiva del Derecho no siempre se resuelven a favor de esta última (Atienza, 2011: 234).¹⁸⁶

Respecto de lo anterior, resulta conveniente citar las palabras de Josep Aguiló, quien refiere que

[...] para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeña

¹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

¹⁸⁶ Villanueva Flores, Rocío, “Activismo judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 41, 2018, pp. 151-159.

su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político.¹⁸⁷

Por lo tanto, si valoramos la débil consolidación de la vida constitucional de los países de América Latina, que siguen en la lucha de *vivir en Constitución*, con todo lo que ello implica, incluso el afianzamiento de una identidad constitucional y, por tanto, la clara definición de la racionalidad de sus sistemas jurídicos, dar pasos agigantados hacia la aceptación plena de la idea de una *Constitución convencionalizada* resulta no solo complicado, sino irresponsable, pues tal idea representa un claro obstáculo para la correcta consolidación de la cultura constitucional de los países de la región, lo cual resulta imperativo, y tanto las naciones como los órganos que integran el SIDH deben unir esfuerzos para pujar por el afianzamiento de las normas fundamentales en aras de lograr un mejor y mayor desarrollo de las metas que la humanidad se ha trazado en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos y respecto del incremento de los niveles de bienestar de nuestras sociedades, comunidades, pueblos e individuos.

Como es sabido, las naciones latinoamericanas al sujetarse a la autoridad e imperio de los órganos del SIDH mediante de la firma de instrumentos internacionales en ejercicio de su soberanía, paradójicamente han comprometido ciertos elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional, debilitando, entre otros aspectos, el imperio de las y los jueces nacionales por la constante posibilidad de que sus resoluciones resulten insuficientes a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte de San José.

Lo anterior pudiera parecernos el desarrollo natural de la práctica jurídica contemporánea en materia de derechos humanos. Juzgadores nacionales jerárquicamente organizados para dirimir las controversias que les corresponda resolver, lo que efectúan utilizando técnicas interpretativas que permitan la mayor protección de los derechos de las personas, las cuales a su vez gozan de ciertos derechos y garantías respecto de sus pretensiones jurídicas y que ante ciertas violaciones graves de derechos humanos que no encuentran justicia en el ámbito

¹⁸⁷ Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima, Palestra, Temis, 2004, p. 53.

nacional, tienen la opción de acudir a las instancias internacionales en búsqueda de su reparación.

Sin embargo, no es posible obviar que en última instancia, las adjudicaciones en materia de derechos humanos terminan ocurriendo siempre en la esfera de lo nacional. Aun cuando sea un tribunal internacional-regional el que determine la responsabilidad de un Estado particular por violaciones a los derechos de un individuo y, por tanto, defina las medidas reparación necesarias, es ese mismo Estado quien, nuevamente en ejercicio de su soberanía, termina por reparar el daño que ha sufrido la víctima en la forma en que se le ha ordenado por la instancia internacional, o mediante los mecanismos que se decidan, así como total o parcialmente. Esto, toda vez que el DIDH reposa sobre el principio de *pacta sunt servanda* y los órganos del Sistema Interamericano cuentan con limitadas herramientas de coacción que aseguren el pleno cumplimiento de las resoluciones de la Corte de San José.

Mi anterior afirmación se inserta en el marco de uno de los debates más acalorados que en la academia se suscita hoy en día, y que precisamente deriva de las opiniones divergentes de quienes sostienen, por una parte, que la jurisprudencia interamericana es fuente formal del derecho interno de las naciones y, por otra parte, por quienes afirman lo contrario. Es un debate que se reduce al desacuerdo sobre su obligatoriedad jurídica.

George Rodrigo Bandeira precisa que es posible realizar un ejercicio valorativo de la jurisprudencia de la Corte de San José desde diversas ópticas, pues

[S]e podría, por ejemplo, indagar sobre el valor moral o social de las decisiones de ese tribunal internacional. Sería posible incluso abordar el problema de la legitimidad de las decisiones de la Corte Interamericana y el modo en que los derechos internos enfrentan el problema. Un enfoque diversificado contemplaría el indagar sobre la obligatoriedad de las

decisiones del tribunal internacional adecuado para construir una jurisprudencia.¹⁸⁸

Este autor forma parte del bando de quienes consideran que la jurisprudencia del Tribunal Interamericano es obligatoria y vinculante para los Estados parte del SIDH y, siguiendo la misma ruta argumentativa que todos quienes comparten esta visión, considera que la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana deviene de la interpretación conjunta de los artículos 1o., numeral 1, 2o. y 68, numeral 1 de la CADH¹⁸⁹, y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹⁰, que dispone la imposibilidad de que un Estado apele a su derecho interno para justificar el incumplimiento de una norma de derecho internacional. Sin embargo, lo anterior no convence del todo al autor y por ello añade un elemento adicional que a su juicio abona a acreditar por

¹⁸⁸ Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Guerra López, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, op cit., p. 231.

¹⁸⁹ **“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 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 [...]; **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** 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; **Artículo 68.** 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes [...].”

¹⁹⁰ **“Artículo 27.** El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” El autor no hace referencia a lo dispuesto en el artículo 46 del tratado, que refiere a la posibilidad de que un Estado apele a un vicio del consentimiento para el cumplimiento de una norma internacional, siempre y cuando este se funde en la violación manifiesta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

completo el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte, apelando al hecho de que

[s]e puede decir que, en general, las autoridades internas de los Estados miembros, a pesar de las eventuales dificultades encontradas, demuestran una disposición al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, lo que presupone de hecho el reconocimiento de su obligatoriedad.”¹⁹¹

Desafortunada es la apresurada conclusión a la que arriba el autor, pues termina por apelar a un criterio volitivo –no jurídico– cuando el objetivo que perseguía era la plena acreditación de la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia de la Corte de San José a la luz de las disposiciones del derecho internacional. El argumento termina siendo así, falaz.

Asimismo, quienes defienden la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia interamericana regularmente apelan al control de convencionalidad como criterio jurídico legitimador de su posición, lo cual es un craso error, pues ello constituye un argumento viciado de un problema de circularidad, similar al que Alexy refiere al analizar el objeto de la filosofía del derecho¹⁹², ya que se pretende apelar al criterio que se cuestiona para robustecer la posición que busca defenderlo.

Abundando sobre los aspectos que deben valorarse para analizar la idea de una *Constitución convencionalizada* y la fe ciega hacia la doctrina del control de convencionalidad, y asumiendo el riesgo de ser acusado de reduccionista, creo que es importante tomar en consideración las cifras sobre el cumplimiento de las resoluciones de la Corte de San José, aunque –y quiero ser muy claro con esto–

¹⁹¹ Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la.., *op cit.*, p. 235.

¹⁹² Al analizar los principios generales del carácter especial de la filosofía del derecho, Alexy identifica la existencia de un problema de circularidad en relación con la estructura de la reflexividad filosófica aplicada al carácter especial de la disciplina jurídica, pues para partir de una primera concepción de lo que existe –ontología–, se tendría que partir de un conocimiento previo de lo que es el derecho. Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 147-159.

no es la evaluación cuantitativa del cumplimiento de las sentencias el factor de evaluación determinante sobre la eficacia del SIDH. Sin embargo, creo que es un insumo que resulta imprescindible tomar en cuenta si se pretende realizar el estudio sobre la naturaleza jurídica de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano desde la perspectiva de su obligatoriedad.¹⁹³

Reitero que las cifras no son el factor determinante para una adecuada evaluación de la eficacia del SIDH, pero creo que cualquier persona podría compartir la premisa de que un tribunal cuyas sentencias no se cumplen, es un tribunal que se deslegitima en la práctica.

Asimismo, si bien hemos sostenido que el Tribunal Interamericano ha realizado grandes aportaciones para la protección y garantía de los derechos humanos, en otras ocasiones también ha caído en excesos.

El más reciente ejemplo de lo anterior es el rumbo que la Corte de San José ha tomado para asumir competencia en la tutela de los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales –DESCA–. Las sentencias en las que la Corte Interamericana ha tutelado estos derechos implican una verdadera mutación convencional, pues se han pasado por alto las restricciones respecto a la judicialización de dichos derechos, previstas en los instrumentos interamericanos.

En los últimos años, la Corte IDH se ha pronunciado sobre violaciones autónomas al artículo 26 de la CADH, es decir, violaciones directas a DESCAs. El artículo 26 de la CADH remite a la Carta de la OEA y esta contempla derechos implícitos de los que se ha echado mano para generar interpretaciones que permitan al Tribunal asumir competencia para la tutela directa de estos derechos.

El Juez Sierra Porto se ha pronunciado en contra de la decisión de la mayoría del pleno del Tribunal Interamericano de asumir esta ruta interpretativa. En su voto concurrente formulado respecto de la sentencia recaída al Caso

¹⁹³ En el Informe Anual 2019 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se reportó que hasta el mes de diciembre del año 2019, 223 casos contenciosos se encontraban en etapa de supervisión de cumplimiento. El documento completo puede consultarse en <https://www.corteidh.or.cr/corteidh/tablas/informe2019/espanol.pdf>

González Lluy y otros Vs. Ecuador de fecha 01 de septiembre de 2015, Sierra Porto señaló que

[...] es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y no deben ser vistos de manera aislada, razón por la cual apoyo la justiciabilidad de los DESC vía conexidad, pero la indivisibilidad de los derechos no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden una justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención.¹⁹⁴

Asimismo, respecto de la remisión del artículo 26 de la CADH a la Carta de la OEA, el juez interamericano señaló que este último documento no prevé un contenido específico en materia de DESC, sino un catálogo de metas y expectativas que guían a los países de la región, por lo que resultaría necesario realizar una *labor interpretativa bastante extensa* para justificar la justiciabilidad de los mencionados derechos a través de dicha remisión.

Por otra parte, Sierra Porto apeló a la omisión de la mayoría de observar lo dispuesto por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, del que se desprende el hecho de que “[...] *los Estados tomaron la decisión soberana de restringir cuáles de los DESC[A] consagrados en el Protocolo podrían ser objeto de supervisión del mecanismo de peticiones individuales [...]*”¹⁹⁵, consensando así las limitantes de la competencia de la Corte IDH para la justiciabilidad directa de ciertos derechos de tal naturaleza.

Por último, en cuanto a los argumentos de quienes propenden la justiciabilidad directa de los DESC a partir de la interpretación evolutiva y mediante la aplicación del principio pro persona, el juez Sierra apela a los métodos de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a saber, el literal, el sistemático y el teleológico, refiriendo que los métodos de interpretación deben ser utilizados cuando una

¹⁹⁴ Párrafo 4 del voto.

¹⁹⁵ Párrafo 15 del voto.

norma es ambigua, lo que no ocurre en el caso de la limitación prevista en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador respecto al artículo 26 de la CADH, pues resulta a todas luces claro que “[...] *no fue voluntad de los Estados establecer una opción de justiciabilidad directa en el artículo 26* [de la CADH] y, por el contrario, en el artículo 19.6 [del Protocolo de San Salvador] *determinaron una limitación de competencia*.”¹⁹⁶ Por lo tanto, su disidencia se sustenta en el hecho de que, en el caso concreto, la Corte IDH debió aplicar el método de interpretación literal que se sustenta en la buena fe.¹⁹⁷

Cuando la Corte de San José interpreta las normas de la CADH, parte del análisis de su contenido mínimo para posteriormente ajustarlo a las circunstancias fácticas del caso concreto con la finalidad de extender su contenido hasta sus límites materialmente posibles en aras de lograr el mayor efecto protector, pero tal proceder debe ajustarse en todo momento a las disposiciones jurídicas que establecen los métodos de interpretación que pueden utilizarse, en el caso, los previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Adicional a lo anterior, resulta que cuando las y los juzgadores nacionales realizan un control de convencionalidad de las normas domésticas que deben aplicar a la controversia que se ha hecho de su conocimiento, deben también considerar ciertos contenidos constitucionales característicos de sus sistemas jurídicos, los cuales no fueron valorados por el Tribunal Interamericano en el caso del que derivó la jurisprudencia que funge como estándar.

Otro elemento para el análisis que hasta aquí he realizado consiste en el hecho de que si, como todo derecho internacional, las normas del SIDH, incluida la jurisprudencia de la Corte, se cimientan en el principio *pacta sunt servanda*, es prudente echar un vistazo a los documentos históricos a fin de dilucidar aquello a

¹⁹⁶ Párrafo 23 del voto.

¹⁹⁷ Véase también los votos emitidos en: *Caso Lagos del Campo Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 31 de agosto de 2017 y *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 08 de marzo de 2018.

lo que los Estados voluntariamente se obligaron respecto del alcance y fuerza de las normas y órganos del SIDH.

De la revisión de las actas y documentos de la Conferencia Especializada Sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en la que los Estados miembros de la OEA analizaron, discutieron y aprobaron la CADH, podemos obtener ciertos aspectos que nos dan una idea sobre este punto.¹⁹⁸

La delegación brasileña, en declaración pronunciada el 10 de noviembre, refirió, entre otras cosas, lo siguiente

En verdad, uno de los desafíos que afrontan las generaciones actuales es elegir las fórmulas más apropiadas a la armonización de la libertad con la autoridad, de manera que sea posible alcanzar las reformas reclamadas por las nuevas circunstancias de la era nuclear espacial sin sacrificar las conquistas espirituales de nuestra civilización y las prerrogativas inmanentes al ser humano.¹⁹⁹

Por su parte, el delegado mexicano, Antonio Martínez Baez, en esa misma se expresó en el siguiente sentido

La Delegación de México desea expresar que, atendiendo a la invariable política de su gobierno, en cuanto se refiere a la protección de los derechos humanos, reitera su disposición de coadyuvar para que el Proyecto, en lo relativo al aspecto sustantivo del mismo, vaya tan adelante en la protección buscada como ello sea posible y ratifica la Delegación de México las observaciones que fueron formuladas por la Cancillería Mexicana contenidas en el pliego que dirigió a la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos y que aparecen en el documento de trabajo No. 11 de

¹⁹⁸ Disponibles en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 152.

esta Conferencia; se reserva esta Delegación la formulación de nuevas observaciones, conforme adelanten los trabajos de esta Comisión; desde luego, debe destacarse que en las observaciones contenidas en el documento 11, se dice textualmente que "el Gobierno de México, no podrá otorgar su apoyo a disposición alguna que resultase incompatible con el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", posición esta que será la norma invariable de nuestra Delegación.

La razón de ello se encuentra en que el texto del Artículo 133 de nuestra Constitución da el carácter de norma constitucional, con toda su validez y obligatoriedad a los Tratados celebrados de acuerdo con la propia Constitución, por lo cual, no podremos, en ningún momento apoyar las partes del Proyecto que resulten contradictorias o incompatibles con las normas constitucionales mexicanas.²⁰⁰

En el caso de la delegación argentina, según se desprende del acta final de la Conferencia, se pronunció en el siguiente sentido

1. La, Delegación Argentina desea dejar constancia que, sin perjuicio del activo apoyo que presta su Gobierno al propósito de consolidar en este continente un régimen de libertad personal y de justicia social, entiende que los derechos, obligaciones y compromisos enumerados en la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" no pueden afectar el pleno ejercicio de la soberanía de la República Argentina ni contradecir las normas fundamentales contenidas en la Constitución de la Nación Argentina, legislación derivada e interpretación jurisprudencial de ambas.²⁰¹

De lo anterior, se acredita la preocupación de los Estados en buscar las mejores alternativas para llevar a buen puerto el esfuerzo regional en materia de

²⁰⁰ *Ibídem*, p. 154.

²⁰¹ *Ibídem*, p. 520.

derechos humanos, pero, a su vez, no puede hacerse caso omiso de la latente preocupación de algunas naciones respecto de los límites que tanto la CADH como los órganos del SIDH debían encontrar frente al ejercicio de la soberanía y la preeminencia de los postulados de sus constituciones.

Sin embargo, la esencia de la soberanía de las naciones nunca se ha perdido, pues la cesión voluntaria de cierto grado de esta puede ser recuperada en todo momento mediante la renegociación, denuncia de algún tratado o, en última instancia, mediante una reforma constitucional.²⁰² En el escenario interamericano contamos con los ejemplos de Trinidad y Tobago y Venezuela, quienes ante resoluciones que consideraron afectaron en demasía sus intereses, optaron por denunciar la Convención y salir del SIDH.

Asimismo, la idea de una *Constitución convencionalizada* implica atender a solo una de las dimensiones del principio de universalidad que rige a los derechos humanos, a saber, la abstracta. En ello también es deficitaria la doctrina del control de convencionalidad cuando se extiende a la aplicación obligatoria de la jurisprudencia interamericana por parte de todas las naciones del SIDH. Esto, debido a que, como lo apunta Bobbio, existe un grave problema en el tránsito entre *pensar los derechos y el momento de su institucionalización*.²⁰³

Es decir, la universalidad como principio rector de los derechos humanos debe analizarse bidimensionalmente. En su dimensión abstracta, la universalidad implica pensar los derechos que toda persona, por el simple hecho de serlo, es titular de los mismos. Sin embargo, esto no es suficiente; una universalidad abstracta, por más noble que sea no servirá de mucho si no se torna generalidad en cuanto institucionalización. Es decir, si no se atiende la dimensión concreta del principio de universalidad.

Esto no implica de forma alguna que se opte por la adhesión a una teoría normativista de los derechos, en el sentido de negar cualquier posibilidad de concreción si no hay reconocimiento de los mismos en el derecho positivo. En

²⁰² Troper, Michel, "Sovereignty", en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 358.

²⁰³ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 68.

palabras de Ramírez García “[l]a universalidad concreta se traduce en la especificación de los derechos humanos, es decir, en el acto de vincularlos a las distintas situaciones vitales, a las diferentes esferas existenciales humanas, a los diversos modos de ser humano.”²⁰⁴

Por lo tanto, mientras en América Latina prime la idea de que el establecimiento de los *mejores estándares* en materia de derechos humanos se obtienen de la lectura del texto de la CADH y demás instrumentos interamericanos, así como del ejercicio interpretativo que realiza la Corte de San José, la universalidad que se impulse seguirá reduciéndose a su dimensión abstracta, ya que la idea de un *estándar* en materia de derechos humanos no puede satisfacer las especificidades de todos los casos concretos a los que se pretende aplicar, por el simple hecho de que ese *estándar* fue acuñado del ejercicio valorativo de un cúmulo de particularidades que podrá tener similares, pero jamás réplicas idénticas.²⁰⁵

Considero importante hacer eco de la reflexión que nos ofrece Ignacio de Casas, en el sentido de que es muy importante distinguir la diferencia entre derechos humanos y *estándares* de derechos humanos, pues en ocasiones pareciera que se trata de lo mismo, sin embargo, “[...] los estándares de derechos humanos son los pronunciamientos de organizaciones intergubernamentales y otros organismos de derechos humanos, mediante resoluciones, declaraciones, o decisiones en casos concretos.” Por lo tanto, señala el autor, los derechos humanos pueden considerarse derecho propiamente, mientras que los *estándares*

²⁰⁴ Ramírez García, Hugo S., “Derechos humanos: Principios sustantivos para una teoría de la justicia”, en Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Díez, José María, *El artículo 10. constitucional... op cit.*, p. 217.

²⁰⁵ No es esta una crítica general a la práctica de establecer *estándares*, pues negar las virtudes del método en la impartición de justicia implicaría pasar por alto los estupendos niveles de satisfacción que en la resolución de muchos casos se han obtenido en varias ramas del derecho. La resistencia que aquí se esboza respecto de tal práctica responde a la que considero es una negación de las distintas realidades de las naciones de América Latina por parte de la Corte Interamericana que, seguida por algunos Tribunales Constitucionales de la región, han adoptado una posición que reduce la complejidad de los casos de derechos humanos que les toca resolver.

únicamente pueden considerarse *soft law*, lo que implica que no se les puede dar un reconocimiento universal, como el que caracteriza a los derechos humanos. Por lo tanto, “[e]sto implica que cuando se establecen estándares internacionales [...] los respectivos órganos de tratados y/o la comunidad internacional deben dar un mayor margen a los estados en caso de que haya particularidades culturales o locales en juego.”²⁰⁶

IV.4 El absurdo jurídico como *justicia fallida*. Los casos *anómalos*

En el contexto de la idea de una *Constitución convencionalizada* y como reflejo de la doctrina del control de convencionalidad surgen los que llamo casos *anómalos*, que desembocan en lo que denominaré *justicia fallida*.

Los *casos anómalos* son aquellos en los que un tribunal –nacional o internacional– dicta una resolución que, en un ánimo progresista y proteccionista, cae en el *absurdo jurídico*²⁰⁷, ya sea en el aspecto sustantivo de la decisión –*ratio decidendi*– o mediante la imposición de medidas de reparación de imposible cumplimiento. Es decir, el tribunal resuelve con base en criterios que no son *jurídicamente razonables* conforme a los principios de la propuesta de racionalidad jurídica que he esbozado.

Previo a analizar algunos ejemplos de *casos anómalos*, es necesario precisar que su identificación se logra a través del análisis de las sentencias que les recaen, las cuales suelen presentar uno o varios de los siguientes síntomas o ingredientes para esa tormenta perfecta que es la *justicia fallida*:

²⁰⁶ De Casas, Ignacio, “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, no. 2, 2019, 291-301.

²⁰⁷ Por absurdo jurídico me refiero al resultado de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas de una forma que resulte no razonable conforme a los contenidos de la Constitución, al grado de comprometer la unidad, coherencia y continuidad del sistema jurídico.

- **Utilizan principios a manera de reglas.**²⁰⁸ Una primera diferencia entre normas y principios radica en que las primeras están construidas de bajo el modelo silogístico aristotélico, es decir, contiene premisas que describen algún un supuesto fáctico y una consecuencia que habilita, exige o prohíbe, tal y como lo apuntan la Teoría General de las Normas²⁰⁹. Por su parte, los principios son conceptos abstractos que por su alcance y contenido se consideran derecho en potencia. Por lo tanto, el derecho formulado por normas ofrece respuestas jurídicas explícitas, mientras que el derecho formulado a través de principios, ofrece una infinidad de respuestas. Sin embargo, como bien señaló Ronald Dworkin, no cualquier principio sirve para justificar un cambio, puesto que si ese fuera el caso ninguna norma estaría jamás a salvo. Por lo anterior, cobra enorme relevancia la discrecionalidad interpretativa del juzgador, pues al pretender realizar las mutaciones o inaplicaciones normativas en función de la valoración que se realice de los principios inmersos en el caso concreto, debe efectuarse con plena consciencia de la obligación de desarrollar un razonamiento que respete otros principios y, a su vez, se armonice con los precedentes²¹⁰.
- **Se fundan en la idea de los derechos humanos como herramienta de emancipación desde una lógica liberal antropocéntrica e individualista.** Esto, a partir del progresismo liberal expuesto líneas arriba, en el que se enquistaba la raíz ideológica de la *Constitución*

²⁰⁸ Dworkin afirmaba que “[e]n ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma.” Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2014, p. 79.

²⁰⁹ “[A]unque toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, la norma no es conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido (o significado) que esos signos expresan. Debemos distinguir, pues, entre la formulación de la norma y la norma [...] lo decisivo para la identidad de la norma es, pues, la identidad de sentido.” Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 16.

²¹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, op cit., 2014, pp. 90-91.

convencionalizada y que promueve la aplicación del control de convencionalidad en todos los casos posibles.

- **Confunden derechos con garantías.**²¹¹ Analizar la recurrente confusión de ambos conceptos es fundamental para evitar incurrir en el *vaciamiento* del discurso de los derechos humanos.²¹² Aun cuando en función de los principios de interdependencia e indivisibilidad que rigen a los derechos humanos éstos recurrentemente funcionan a manera de garantías de otros, también existen garantías de los derechos –jurisdiccionales, políticas y hasta sociales– que no son derechos. Esto, debido a que no toda acción, política, principio o condición puede ser considerado como un derecho humano, pues para considerar *algo* como un derecho es necesario realizar una debida fundamentación de la catalogación del mismo a la luz de cualquier propuesta teórica a la que deseemos adherirnos, a manera de demostrar fehacientemente la forma en que ese *algo* es condición necesaria para la debida salvaguarda y protección del valor supremo de la dignidad humana que es el núcleo de la teoría de los derechos humanos y el fundamento del Estado constitucional.
- **No se limitan al ejercicio valorativo de las particularidades del caso concreto.** El derecho es un discurso institucionalizado del cual no es posible deslindarse sin importar la ideología desde la que se aborde cualquier tema relacionado con el propio derecho. Prueba del dinamismo del derecho y de la constante transformación del mismo la encontramos en el análisis de la jurisprudencia, sin embargo, para determinar que una sentencia es jurídicamente razonable, es indispensable que los argumentos

²¹¹ “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.” Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, *op cit.*, p. 25.

²¹² Véase el *Exordio* del presente texto.

que la sustentan se limiten al ejercicio valorativo de las particularidades del caso concreto, ya que cualquier elemento ajeno a las circunstancias fácticas del asunto a resolver puede servir de justificación para sustentar una decisión que pudiera no ser la más adecuada respecto de la materia de la controversia.

- **Carecen del análisis práctico del deber de responsabilidad – *accountability*– que toda autoridad debe cuidar al ejercer sus atribuciones.** Aun cuando he sostenido que la razón nuclear del Estado constitucional es la protección y salvaguarda del valor de la dignidad humana, y que el derecho, como todo subsistema del gran sistema social, debe seguir ese mismo rumbo, ello no implica que los poderes y autoridades públicas puedan inobservar las normas jurídicas que les obligan a dar cuenta de su actuar. El hecho de que las y los jueces adquieran un rol protagónico en el modelo de Estado constitucional no significa que puedan hacer y deshacer el derecho a su antojo; esto, a pesar del alto umbral de discrecionalidad con el que cuentan para resolver los asuntos que les tocan conocer, pues el ejercicio de la función jurisdiccional debe ejercerse con apego a los principios que la rigen en aras de garantizar la estabilidad no sólo del sistema jurídico, sino del modelo de Estado constitucional.
- **Baja gradación en su cumplimiento.** A diferencia de los anteriores, este es un síntoma que se configura *ex post*; por lo tanto, es también un efecto material de la *justicia fallida*. Las sentencias que recaen a los casos *anómalos* que configuran un absurdo jurídico no pueden ser cumplidas en su totalidad, pues su ejecución resulta sumamente complicada como consecuencia de la tergiversación de la *litis* y del derecho mismo. Por lo tanto, entre más síntomas del absurdo jurídico identifiquemos en una sentencia, menor gradación de su cumplimiento podemos proyectar y, así, se materializa la *justicia fallida*.

Un ejemplo de un caso en el que se incurre en el que se identifican todos los síntomas del absurdo jurídico y se materializa la *justicia fallida* lo encontramos en una reciente resolución dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Quinto Circuito, con sede en la ciudad de Hermosillo, Sonora, México, dentro del juicio de amparo directo 507/2019; del cual se desprende la tesis aislada –constitucional– de rubro “*ACCESO AL CRÉDITO FINANCIERO. CONSTITUYE UN DERECHO HUMANO, POR LO QUE EL ESTADO MEXICANO DEBE GARANTIZAR LAS CONDICIONES MÍNIMAS PARA OBTENERLO.*”²¹³

La simple lectura del rubro del criterio jurisprudencial llama enormemente la atención por la inmediata referencia a la creación de un nuevo derecho humano ligado a uno de los proyectos globalizadores –de índole económica– más cuestionados de la actualidad, el *Capitalismo*. Sin embargo, para los fines del análisis del caso, me limitaré a estudiar los razonamientos jurídicos –si es que así se les pueden denominar– que llevaron al Tribunal Colegiado a emitir tal pronunciamiento y demostraré que podemos identificar en la sentencia varios síntomas del absurdo jurídico.

El asunto de referencia consistió en el juicio de amparo promovido por una persona en contra de una sentencia dictada dentro de un juicio ejecutivo mercantil. De primera instancia, el Tribunal determinó que los motivos de inconformidad de la quejosa resultaban infundados, sin embargo, en suplencia de la queja se introdujo al estudio de un aspecto que el juez de origen soslayó en su resolución y que hizo subsistir la existencia de un interés usurario respecto del título de crédito que sirvió como base de la acción.

²¹³ Tesis V.3o.C.T.1 CS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 75, t. III, febrero de 2020, p. 2265.

Hasta ese punto, los argumentos del Tribunal se limitan a analizar la usura a la luz de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).²¹⁴

Sin embargo, con base en los criterios emitidos por la SCJN y referenciando el contenido de los artículos 2 y 21, numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal Colegiado, en el párrafo 83 de la sentencia, se separa de la ruta argumentativa centrada en acreditar la usura y los elementos para identificarla en las relaciones que se originan de la emisión de títulos de crédito.

En dicho párrafo, se refiere que “[...] se considera que las tasas de las operaciones con mayor similitud a las que se analizan son las de las tarjetas de crédito, en función del tipo de operación económica que se lleva a cabo en una y otra.”

A través de dicho argumento el Tribunal Colegiado acredita la primera característica del absurdo jurídico, pues aunque pareciera que realiza un análisis de la realidad económica para sustentar su razonamiento, lo que sucede es que reorienta sus reflexiones referenciando un producto crediticio diverso, las tarjetas de crédito, alejándose así del análisis de la *litis* originaria, consistente en el estudio de los intereses usurarios de un título de crédito emitido por una persona física en favor de otra persona física, y traslada su razonamiento a un ámbito lejano al caso concreto, el sistema financiero.

Por lo tanto, la sentencia colma la característica de no alejarse del ejercicio valorativo de las particularidades del caso concreto. Esto, a pesar de la exposición de las similitudes que existen entre el pagaré y la tarjeta de crédito con referencia a un texto de doctrina económica, y sin dejar de considerar el hecho de que los criterios sostenidos por la SCJN que fueron aplicados por el Tribunal

²¹⁴ Particularmente, el Tribunal construyó la argumentación sobre la omisión del juez de origen con base en lo sostenido por la SCJN en los siguientes precedentes: Contradicción de Tesis 386/2014, Contradicción de Tesis 350/2013; Tesis 1a. CXCIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 19, t. I, junio de 2015, p. 586; y Tesis 1a./J. 47/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 7, t. I, junio de 2015, p. 402.

refieren la posibilidad de determinar la usura a partir del análisis de las tasas de interés de las instituciones bancarias, incluyendo el Banco de México.

Lo anterior es así porque no es lo mismo apelar a un criterio referencial para acreditar la existencia de un acto contrario a los derechos, en el caso, las tasas de interés de los bancos para el caso de la usura, que el analizar la relación cambiaria entre dos particulares bajo una supuesta similitud de figuras jurídicas totalmente distintas tanto en aspectos jurídicos como financieros, a partir de una equivocada reducción de la especificidades de uno y otro al hecho de que en ambos casos se trata de préstamos personales, la materia de ambos es dinero y no existe garantía prendaria o hipotecaria para respaldarlos, como lo pretendió el Tribunal en el párrafo 85 de la sentencia.

Posteriormente, llegados al párrafo 105 de la resolución de análisis, el Tribunal sostuvo lo siguiente

105. Al respecto, conviene destacar que las Naciones Unidas y el Banco Mundial informan que alrededor de dos mil quinientos millones de personas no utilizan financieros formales y que el setenta y cinco por ciento de los pobres no tienen cuenta bancaria. Y es por ello que la inclusión financiera es la clave para reducir la pobreza e impulsar la prosperidad; por lo que ambas instancias han promovido de manera constante el acceso al crédito... e, incluso, expertos lo han llegado a catalogar como un “derecho humano”, toda vez que evita que la población económicamente más vulnerable y sin acceso al crédito, por falta de garantías, caiga en manos de los agiotistas que operan en la informalidad y sin control gubernamental alguno, es decir, prestamista que cobran intereses altísimos, usurarios.

A partir de dicho razonamiento se acreditan otras dos síntomas que anticipan que el presente asunto terminará por ser un claro ejemplo de *justicia fallida*; a saber, el abanderar la idea de los derechos humanos como herramienta de emancipación desde una lógica liberal antropocéntrica con base en el

progresismo liberal que justifica la idea de la *Constitución convencionalizada*, y la confusión de derechos con garantías.

La primera de las características se colma en la medida que el Tribunal sostiene, en este y subsecuentes párrafos, que el *derecho humano de acceso al crédito financiero* es clave para la erradicación de la pobreza, lo cual, aun cuando se refiere en términos abstractos, denota una direccionalidad del argumento al beneficio personal y emancipatorio que el individuo encuentra en tal prerrogativa. De lo cual se sigue la acreditación del subsecuente síntoma, pues el Tribunal afirmó que “[c]on lo anterior, se fomenta el derecho humano de acceso al crédito financiero, con lo cual se cumple también con el objetivo de proteger el derecho fundamental atinente a la no explotación del hombre por el hombre.”²¹⁵ Es decir –y sin detenernos a reflexionar sobre el *derecho de no explotación del hombre por el hombre*– el Tribunal cataloga el acceso al crédito financiero como un derecho humano, cuando de su razonamiento es posible concluir fehacientemente que éste funge como una garantía para el pleno ejercicio de diverso derecho.

Lo anterior, a su vez acredita que el Tribunal pretende utilizar los principios como reglas, pues al catalogarse el acceso al crédito financiero como un derecho humano, ello implica que debe hacerse efectivo conforme a los principios establecidos en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²¹⁶. Esto no es una cuestión menor, pues al no haberse establecido los parámetros o estándares que deben observarse para la efectiva tutela y ejercicio del inventado derecho, se entiende que es posible exigir su garantía universal a manera de regla jurídica que se sobrepone a los supuestos que en términos de las leyes son necesarios colmar para acceder a un crédito financiero, diluyéndose así el umbral de protección con las que las instituciones financieras cuentan para evaluar la viabilidad de su otorgamiento²¹⁷, ya que del texto de la tesis aislada que

²¹⁵ Párrafo 114 de la sentencia.

²¹⁶ Progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

²¹⁷ Al exponer el núcleo de la diferencia entre reglas y principios, Alexy sostiene que “[h]ay [entre reglas y principios una diferencia de] *distintos grados de cumplimiento*. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un

resultó de la resolución de estudio, se desprende que el Tribunal impone una medida a manera de regla consistente en que “[...] *el Estado Mexicano debe garantizar las condiciones mínimas para que los particulares tengan acceso al crédito financiero, al constituirse como un derecho humano.*”

En consecuencia, es posible tener por acreditado el siguiente síntoma del absurdo jurídico, pues el Tribunal, sin recato del alcance de su resolución, omite el análisis práctico del deber de responsabilidad –*accountability*– que debe cuidar al ejercer sus atribuciones, en el caso, al dictar una sentencia en la que crea un nuevo derecho sin establecer parámetros y estándares que definan las modalidades de su ejercicio y garantía.

Todo lo anterior redundaría en el último ingrediente de la *justicia fallida* con relación al derecho humano creado, pues aunque la decisión del asunto fue la de conceder el amparo y la protección de la justicia federal al quejoso a efecto de que el juez de origen emitiera una nueva sentencia en la que recalculara los intereses moratorios establecidos en el título de crédito base de la acción ejecutiva mercantil, en el caso resulta nulo el beneficio de la creación de un derecho para cualquiera de las partes, ya que la controversia no se relaciona con el acceso al crédito financiero, sino con la usura que se configura del interés establecido en un título de crédito.

En ese sentido, a pesar de que la *retórica* del Tribunal fueron extendidos hasta el punto de servir de justificación para la creación de un nuevo derecho humano, los efectos de tal pronunciamiento son inejecutables al no existir asidero de realización fáctico para dicho fin, pues el criterio es ajeno a la *litis*. Por lo tanto, la tesis aislada se convierte en un producto jurídico que habrá de generar altas expectativas para las y los justiciables a costa de la derrota de lo *jurídicamente razonable*. La justicia es, por tanto, fallida.

principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.” Alexy, Robert, La doble naturaleza del derecho, Madrid, Trotta, 2016, p. 17.

Otro ejemplo de *justicia fallida* se desprende del polémico Caso *Panamericana*, resuelto por el Tribunal Constitucional de Perú.²¹⁸

Este caso cobra particular relevancia porque la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano no sólo acredita varios de los elementos de los casos *anómalos*, sino que el argumento central de la decisión se construye a partir de una incorrecta aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH al resolver el Caso Baruch Ivcher Vs. Perú. El Tribunal aplica un control de convencionalidad que lejos de potenciar el criterio jurisprudencial interamericano y hacerlo operativo en el sistema jurídico nacional, lo pervierte.²¹⁹

El asunto consiste en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Panamericana Televisión S.A. contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2012, emitida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo promovida por la empresa contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT–, a través de la cual exigió se le declarara inexigible un crédito fiscal, fundando su pretensión en

sus derechos a la libertades informativas, en cuanto derecho a fundar medios de comunicación, “a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, en la manifestación que sustenta la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas”, “a la propiedad y a la herencia en la posición iusfundamental de inmunidad frente a las intervenciones injustificadas de los poderes públicos y de terceros”, y a “la libertad de empresa en la manifestación de libertad de organización”.²²⁰

²¹⁸ Expediente N° 04617-2012-PA/TC, resuelto mediante sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014, disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>

²¹⁹ Véase Landa Arroyo, César, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación de los estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en Guerra López, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, op cit., pp. 209-214.

²²⁰ Fragmento obtenido del capítulo de Antecedentes de la resolución.

Esto, motivado por los sucesos que durante la primera década de este siglo afectaron la administración de Televisión Panamericana S.A., pues al haber estado a cargo tales actividades de personas designadas ilegalmente, se descuidó el oportuno cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Por lo tanto, una vez que la *legítima administración* de la empresa reasumió sus funciones, no existía posibilidad de enmendar las omisiones en que habían incurrido sus antecesoras, además que durante el tiempo en que la *legítima administración* fue despojada de sus funciones, la SUNAT no realizó un seguimiento diligente del cumplimiento de los tributos a cargo de la empresa.

La SUNAT replicó señalando que los cambios de administración de la televisora no tienen implicancia en la determinación y exigibilidad de sus obligaciones tributarias. Asimismo, puntualizó que Televisión Panamericana S.A. ya contaba con créditos fiscales previo a la fecha en que su administración fue removida por un mandato judicial.

Con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional peruano se adentró al análisis del asunto de mérito, iniciando con un repaso histórico del surgimiento y desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad para posteriormente analizar las implicaciones del caso concreto.

Tras referir los elementos del embargo de la administración y los deberes legales de quien ostenta tales funciones, el Tribunal plantea la siguiente reflexión

Pero qué sucede cuando el administrador deja de cumplir con las obligaciones tributarias a que está obligado durante el tiempo que dura su administración. Acaso una vez terminada su administración, los propietarios de la empresa, a quienes se le despojó de la administración de la misma tienen que soportar los malos manejos de un mal administrador que fue designado por el juez.²²¹

Al respecto, el Tribunal afirma que los argumentos vertidos por la SUNAT en este asunto son similares a los vertidos por el Estado en el Caso Ivcher

²²¹ Párrafo 17 del apartado 2.3.2 del capítulo de Fundamentos de la resolución.

Bronstein Vs. Perú resuelto en sede Interamericana, y reproduce varios párrafo de la resolución de Supervisión de cumplimiento dictada por la Corte IDH con fecha 24 de noviembre de 2009, en la que el Tribunal Interamericano ordenó al Estado peruano a tomar las medidas y procedimientos necesarios para abstenerse a cobrar tributos, multas y/o intereses moratorios causados durante el periodo en que ocurrieron los hechos que afectaron los derechos del señor Bronstein.

En ese sentido, la sentencia colma una primer característica de los casos anómalos, que consiste en no limitarse al ejercicio valorativo de las particularidades del caso concreto, pues pretende ejercer un control de convencionalidad a partir de la supuesta similitud de los argumentos vertidos por la SUNAT en el caso concreto, con los ofrecidos por el Estado peruano en un asunto resuelto en sede Interamericana. Sin embargo, los motivos que dieron pie a que el Tribunal de San José se pronunciara en tal sentido al resolver y supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú son distintos a los que causaron la remoción de la administración que demandó la inexigibilidad del crédito fiscal de Televisión Panamericana S.A. Aun así, el Tribunal Constitucional del Perú consideró que

[...] no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de [un] administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial [...] Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no sólo porque la administración del canal le fue despojada mediante írritas resoluciones judiciales sino porque ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento.²²²

²²² Párrafo 20 del apartado 2.3.2 del capítulo de Fundamentos de la resolución.

Por lo anterior, el Tribunal peruano afirma que aun cuando los tributos no son sanciones, el hecho de que las resoluciones judiciales que decretaron el embargo de la administración –expropiación judicial– de la televisora sean sumamente cuestionables es motivo suficiente para determinar que tales determinaciones vulneraron el derecho de propiedad de la recurrente –Televisión Panamericana S.A. –. En ese sentido, la sentencia colma un elemento más de los *casos anómalos*, que es el utilizar principios a manera de reglas, pues en el caso, utiliza el derecho a la propiedad de una sociedad mercantil –principio– como si tratase de una regla que cobra aplicación frente a cualquier acto que pretenda contravenirla.

César Landa Arroyo refiere que “[l]a mayor fuente de ingresos del Estado [peruano] proviene de los tributos válidamente establecidos y generados, por lo que exonerar del pago de los mismos a la empresa Panamericana Televisión S.A. se torna una grave infracción a los fines señalados por [la] Constitución Política de 1993.”²²³ En función de esto último, es claro que el Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia que se analiza omitió realizar el análisis práctico del deber de responsabilidad –*accountability*– que toda autoridad debe cuidar al ejercer sus funciones. Pues mediante una maniquea utilización de la doctrina del control de convencionalidad, causó afectaciones a la hacienda pública del Estado peruano.

Así pues, la justicia en el caso Panamericana es fallida, ya que es justicia para uno, una televisora comercial, en perjuicio de los intereses del Estado peruano.

Especial relevancia tuvo la sentencia 0084/2017, de fecha 28 de noviembre de 2017, dictada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de la cual resolvió inaplicar la Constitución de aquél Estado y permitir la reelección indefinida de Evo Morales con base en un falaz razonamiento supuestamente orientado a la garantía del derecho humano a ser votado. Lo anterior, bajo el manto de la *doctrina del control de convencionalidad* y la idea de una *constitución convencionalizada*.

²²³ Landa Arroyo, César, “¿Diálogo entre la justicia..., *op cit.*, p. 214.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia data del año 2009, y dispone en su artículo 168, lo siguiente: *“El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua.”* Asimismo, los artículos 156, 285 y 288 de la Norma Fundamental boliviana establecen la duración de los periodos de otros cargos y la posibilidad de una sola reelección consecutiva de quienes los ostentan.

Evo Morales fue electo presidente de Bolivia por primera vez en el año de 2005, logró la reelección en el año 2009, bajo la nueva Norma Fundamental boliviana que había sido promulgada el 9 de febrero de dicha anualidad. En el año de 2014 fue reelecto nuevamente, con lo que tuvo por colmada la hipótesis del artículo 168 constitucional, toda vez que el mismo Tribunal Constitucional Plurinacional había resuelto años antes que el mandato presidencial de Morales del año 2005 no podía ser considerado como el primero, pues transcurrió previo a la entrada en vigor de la Constitución vigente.

No obstante lo anterior, el 18 de septiembre del año 2017, diversos miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, afines a Evo Morales, promovieron Acción de Inconstitucionalidad Abstracta demandando la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley del Régimen Electoral y la inaplicabilidad de los artículos 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución boliviana respecto a la limitación de la reelección por una sola vez de manera continua.

El estudio realizado por el máximo órgano jurisdiccional de Bolivia para resolver la controversia sorprende en cuanto al caudal doctrinario que utiliza para justificar su aberrante decisión. Citando la obra de autores como Sergio García Ramírez, Eduardo Ferrer MacGregor y Néstor Pedro Sagüés, así como invocando de manera puntual la idea de una *constitucional convencionalizada*²²⁴, el Tribunal construye paulatinamente una serie de conclusiones que le habilitan a concretar su hazaña.

Posteriormente, el Tribunal invoca diversos criterios de la Corte de San José con relación de los derechos políticos, tales como los sostenidos en los

²²⁴ Fundamento jurídico III.2 *Sobre el Control de Convencionalidad*, p. 32 del fallo.

casos Argüelles y otros Vs. Argentina, Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, López Mendoza Vs. Venezuela y Luna López Vs. Honduras.

Sobre la base de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional Plurinacional concluye lo siguiente:

Tomando en cuenta que conforme a la jurisprudencia glosada [...] uno de los principios que guían la hermenéutica de los derechos fundamentales, es el de la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos, lo que abre el ejercicio del **control de convencionalidad**, con el objeto de contrastar las normas de la Constitución Política del Estado y las leyes, con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para el caso de establecerse incompatibilidad entre sus términos, declarar su aplicación preferente en el ordenamiento jurídico nacional; en consecuencia, al haberse determinado sobre la base de los fundamentos jurídico constitucionales expresados precedentemente, que la Convención Americana sobre derechos humanos, aprobada y ratificada por Bolivia, mediante Ley 1340 de 11 de febrero de 1993, en su art. 23 garantiza el ejercicio del derecho democrático de ser elegible sin restricciones, excepto en razón de exclusivamente a razones de edad, nacional, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil mental, o condena; es decir, que si bien el ejercicio de los derechos políticos no es absoluto, sus restricciones en el citado tratado de derechos humanos no encuentran un límite similar al establecido en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, como el de la posibilidad de reelección; es decir, la Convención establece derechos más favorables en relación a las normas contenidas en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Norma Suprema, en ejercicio del control de convencionalidad que asiste a este Tribunal, corresponde declarar la aplicación preferente de la norma convencional indicada por sobre los señalados artículos de la Constitución Política del Estado, en la parte de su texto que limitan la reelección de las y los asambleístas del Órgano Legislativo, de la

Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta y Vicepresidente del Estado, de las máximas autoridades ejecutivas de los gobiernos autónomos y de los integrantes de los Concejos y Asambleas de dichos Gobiernos, “a una sola vez de manera continua”, en estricta observancia del mandato contenido en el art. 256.I de la CPE.²²⁵

De esta forma, el Tribunal boliviano habilitó que Morales participara en las elecciones del año 2019, mismas que ganó para posteriormente ser destituido en lo que algunos han clasificado un golpe de Estado. Una resolución que colma los caracteres de los casos *anómalos* y que constituye un claro ejemplo de *justicia fallida*.²²⁶

Como último ejemplo de un caso anómalo tenemos el expediente N° 16-0343, resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela mediante sentencia de fecha 11 de abril de 2016, con motivo del control previo de constitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, sancionada por la Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2016, promovido por el titular del ejecutivo, Nicolás Maduro.

Entre los argumentos que Nicolás Maduro invocó en su escrito de solicitud de control previo de constitucionalidad resaltan el que afirma que la Ley de Amnistía “[...] *constituye una grave afrenta a las luchas por la verdad y la justicia emprendidas por las víctimas y familiares de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en los últimos 3 lustros*”²²⁷, la referencia particular a los actos de diversos congresistas, la referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la supuesta contravención al artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de

²²⁵ Fundamento jurídico III.7 Análisis de la problemática planteada y el control de constitucionalidad del caso concreto, sub fundamento III.7.2 A partir de la aplicación preferente de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, pp. 73-74 de la sentencia.

²²⁶ Disponible en https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/abril_187018-264-11416-2016-16-0343-1.pdf

²²⁷ Apartado I De la solicitud, pp. 1 y 6 de la resolución.

Venezuela. Esto es de extrañarse, tomando en consideración que en el mes de septiembre del año 2012, Nicolás Maduro, siendo Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por instrucciones del entonces presidente Hugo Chávez, presentó nota diplomática ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, a través de la cual denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la previsión del artículo 29 constitucional se limita a la prohibición de indultar o amnistiar violaciones a los derechos humanos, delitos de guerra y delitos de lesa humanidad²²⁸, mientras que los artículos 2o. y 3o. de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional disponían lo siguiente:

Artículo 2.- Esta Ley decreta la amnistía de hechos realizados en ejercicio de libertades ciudadanas y con fines políticos, que han dado lugar o pueden dar lugar a investigaciones, imputaciones, acusaciones o condenas por parte de los órganos de persecución penal. También se declara la amnistía respecto de hechos vinculados a investigaciones, imputaciones, acusaciones o condenas penales, o sanciones administrativas, que se han producido en circunstancias que menoscaban la confiabilidad en la administración imparcial de la justicia o permiten concluir que aquellas obedecen a una persecución política.

Artículo 3.- De acuerdo al artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quedan exceptuados de la amnistía otorgada por esta Ley los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, entendidos tal como se establece en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.507 Extraordinario, de fecha 13 de diciembre

²²⁸ **“Artículo 29.** El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

de 2000. También quedan exceptuados de la amnistía los delitos relativos a las violaciones graves a los derechos humanos.

En relación con las sentencias condenatorias ya dictadas, relativas a casos en los que altas autoridades del Estado, incluyendo a las que cumplen funciones políticas, hayan sostenido que se han perpetrado crímenes o delitos de esa naturaleza, tales excepciones solo procederán cuando conste expresamente, tanto en la acusación fiscal como en la parte dispositiva de la sentencia condenatoria, que los sentenciados fueron condenados por ese tipo de crímenes o delitos.

Si bien los razonamientos de la decisión de la Sala Constitucional no se cimentan en la *doctrina del control de convencionalidad* y en la idea de una *constitución convencionalizada*, el órgano jurisdiccional echa mano de la jurisprudencia de la Corte de San José en un primer momento, citando lo resuelto por el Tribunal Interamericano en los casos Gelman Vs. Uruguay, Barrios Altos Vs. Perú, La Cantuta Vs. Perú, Almonacid Arellano Vs. Chile y Gomes Lund Vs. Brasil ²²⁹ como criterios orientadores que permiten demostrar la inconstitucionalidad de ese tipo de ordenamientos, aunque posteriormente, el galimatías de la Sala apela a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como elemento adicional de la inconstitucionalidad debido a que la Ley de Amnistía pretendía imponer obligaciones de observancia a las determinaciones de la Corte Interamericana. Sin embargo, la Sala Constitucional sí sostiene que la ley transgrede los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es utilizado a conveniencia del poder político.

²²⁹ Apartado IV Consideraciones para decidir, sub apartado I. El marco constitucional de la amnistía, numeral 3.- El Estado de Derecho, el Principio Democrático y las Leyes de Amnistía en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pp. 45-46 de la resolución.

IV.5 Entre la interpretación y argumentación jurídicas y la pretensión de eficacia del derecho. La *razonabilidad constitucional*

Tras analizar el *absurdo jurídico* como *justicia fallida* que se acredita a partir del análisis de las resoluciones jurisdiccionales que recaen a los *casos anómalos* me veo obligado a analizar el fenómeno a la luz de la pretensión de la eficacia del derecho, pues sin importar la raíz epistemológica de la propuesta que abanderemos para el estudio de la disciplina jurídica –iuspositivista, iusrealista, iusnaturalista, iuspositivista incluyente, neoconstitucionalista, etcétera– irremediablemente habremos de concluir que *una norma que no se cumple es un sinsentido*.

A manera de paréntesis, una causa fundamental del problema de la eficacia del derecho en nuestros días encuentra en la impunidad una de sus grandes causas; en consecuencia, hay quienes afirman que es imperativo aumentar la percepción de riesgo para inhibir las conductas que contravienen el orden jurídico. Sin embargo, tal propuesta no es más que es una pretensión de revitalizar la percepción del derecho como herramienta de control social; lo que en la actualidad es simplemente inaceptable.

Considero que una de las muchas causas de la impunidad que a su vez provoca la *ineficacia del derecho*, deviene de un lado flaco de la democracia que se relaciona con uno de los elementos del *Desideratum* de Lon Fuller, a saber, la necesidad de permanencia y estabilidad de las normas jurídicas.

La dinámica democrática en su vertiente de representación política ha provocado una acelerada dinámica reformista que debilita la percepción de la estabilidad y permanencia de ciertas normas, lo que a la vez es motivo de que las personas *no las tomen tan en serio*, pues en el ideario popular existe una seguridad de que las normas son *transitorias* –en ocasiones *efímeras*– y ya sea mediante la natural transición democrática, por la vía de la protesta o de la interpretación que los tribunales realizan de ellas, estas perderán su vigencia o validez.

Asimismo, en la actualidad el derecho padece una doble disfuncionalidad. La primera es la que denomino la *disfuncionalidad de la juridificación acelerada*, que consiste en el hecho de que las y los juristas creemos que la simple producción y emisión de normas o la juridificación de cualquier aspecto de la vida humana habrá responder a los imperativos que desde el derecho se le impongan. Nada más equivocado. Esta disfuncionalidad es producto de una errática pretensión de considerar al derecho como la herramienta de control social por excelencia; una de las más equivocadas herencias que en el pensamiento jurídico dejó la avasalladora influencia del legalismo positivista en su forma más radical. Sin embargo, lo cierto es que los tiempos que nos han tocado vivir demuestran a diario que el derecho ha sido rebasado en exceso por el dinamismo de otras disciplinas y por las nuevas tecnologías.

La segunda es la que denomino la *disfuncionalidad de juridificación tardía*, que se ilustra a partir del permanente rezago del derecho respecto de ciertos fenómenos provocados por otras disciplinas que se encuentran fuera no solo de su control, sino en la mayoría de los casos, de su entendimiento. Las y los operadores jurídicos solemos evitar algunas discusiones sobre la necesidad de regular aspectos propios de una acelerada dinámica social que implica la constante transformación del estado de cosas imperante en un espacio y territorio determinado. Dicho en otras palabras, el derecho no ha estado a la altura de las demandas sociales que nos obligan a adentrarnos en aquellas penumbras en donde se requiere potenciar su función regulatoria.

En ese sentido, y siguiendo la crítica en torno al activismo judicial provocado por la idea de la *Constitución convencionalizada* y por la desmesurada aplicación de la doctrina del control de convencionalidad, cobra relevancia el último y más complejo elemento del *Desideratum* de Fuller, que consiste en la necesidad de que quienes tienen autoridad para crear y aplicar las reglas cumplan esas mismas reglas coherentemente y según su tenor, lo que a juicio del jurista norteamericano corre el riesgo de ser comprometido a través de distintas acciones, por ejemplo, a través de interpretaciones equivocadas o por la

ignorancia de lo que es necesario preservar para asegurar la integridad del sistema jurídico.²³⁰ Al respecto, Fuller afirma que

There are, however, serious disadvantages in any system that looks solely to the courts as a bulwark against the lawless administration of the law... All the influences that can produce a lack of congruence between judicial action and statutory law can, when the court itself makes law, produce equally damaging departures from other principles of legality: a failure to articulate reasonably clear general rules and inconstancy in decision manifesting itself in contradictory ruling, frequent changing of direction, and retrospective changes in the law.²³¹

En el caso de Gustavo Zagrebelsky, a pesar de su decantada posición a favor de un constitucionalismo principialista en la que las y los jueces asumen un rol protagónico teniendo como insumo una pluralidad de métodos cuya equivalencia y carencia de jerarquía entre sí mismos representa una posibilidad de éxito para aplicar la regla adecuada a las particularidades del caso concreto, apela a la medida en la actividad interpretativa a cargo de los tribunales. El autor sostiene que “[l]a *discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no sólo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de la estructura de la propia ley.*”²³² Sin embargo, Zagrebelsky concluye su magnífica obra sentenciando que

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Sin más exactamente

²³⁰ Fuller, Lon, *The Morality...*, *op cit.* p.81.

²³¹ Ibidem, pp. 81-82

²³² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *op cit.*, p. 136.

los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier <<señor del derecho>> hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.²³³

En similar sentido, José Ramón Cossío Díaz ha analizado los efectos que el poderoso discurso de los derechos humanos ha tenido en las cuestiones de índole jurídico-procesales, las cuales han empezado a verse como obstáculos que impiden su plena realización. El ministro en retiro sostiene que existe una pretensión orientada a repudiar cualquier norma jurídica que se considere contraria a la realización de los derechos humanos, particularmente las que regulan los procesos jurisdiccionales, sin embargo, considera que tal empresa resulta vacua cuando no se activan los mecanismos de control que permiten determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichas normas.²³⁴ Por lo tanto, si bien es cierto que han existido, existen y seguirán existiendo normas jurídicas contrarias al proyecto de los derechos, también lo es que para eliminar tales obstáculos de realización es necesario apegarse a las reglas establecidas para superarlos.

En nuestros días, que son los de la era del Estado constitucional, la interpretación y la argumentación jurídicas han cobrado enorme relevancia como consecuencia de los propios elementos o rasgos distintivos del modelo, particularmente por el sistema de fuentes flexible. Sin embargo, siguiendo mi propuesta de racionalidad jurídica, resulta que el derecho del Estado constitucional, si bien sumamente interpretable, debe ser protegido de los abusos de la incontinencia interpretativa. La frontera infranqueable es la de la

²³³ *Ibidem*, p. 153.

²³⁴ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, "Argumentación y derechos en la administración de justicia", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 36, 2013, pp. 551-557.

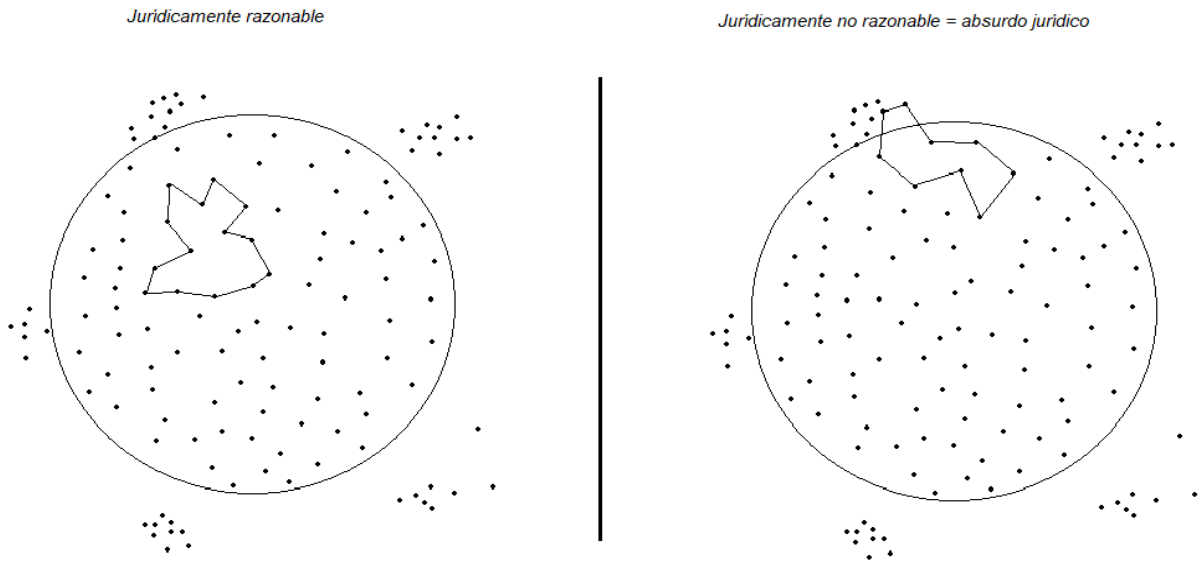
razonabilidad jurídica conforme a los contenidos constitucionales; la *razonabilidad constitucional*.

Imaginemos que los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales son como aquellos ejercicios mentales que consisten en unir varios puntos a través de líneas rectas que terminan en el mismo punto de partida para develar una figura. De forma similar podríamos entender la interpretación y argumentación jurídicas. Como instrumentos que permiten construir un argumento mediante una dinámica de remisión entre las normas, principios y valores que forman parte del sistema jurídico dentro del marco de la *razonabilidad constitucional*.

Desde luego que es posible potenciar la remisión para llegar a conclusiones innovadoras y poco convencionales, pero lo que resulta inaceptable es construir la figura que deseamos imponer mediante la desviación de una línea recta hacia un punto que se encuentra más allá de los límites de la *razonabilidad constitucional*.

Por lo tanto, resulta que en la era del Estado constitucional, la eficacia del derecho guarda una relación de dependencia con la racionalidad jurídica, la cual, conforme a la propuesta que en este texto ofrezco, se origina a partir de la forma constitucional que cada nación adopte a partir de los elementos o rasgos distintivos del arquetipo estatal, y bajo una identidad definida en la gradualidad asignada a la atención de cada uno de ellos, que hacen posible identificar aquello que es *jurídicamente razonable* a la luz de la *razonabilidad constitucional* de cada nación.

A continuación ofrezco una representación gráfica de la *razonabilidad constitucional*. La *razonabilidad constitucional* está representada en cada caso por el círculo que funge como límite de los puntos que representan las proposiciones – no necesariamente jurídicas– que se unen por líneas que representan las remisiones con base en las cuales se construyen los argumentos jurídicos.



Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, cualquiera podría coincidir en que aún las mejores constituciones –aquellas que mejor atienden las *especificidades* nacionales en estricto apego a los elementos o rasgos distintivos del modelo de Estado constitucional– no pueden garantizar su plena eficacia, la preservación de la democracia y de los valores fundamentales de una sociedad plural. Siempre existirán ambigüedades, resquicios, vacíos y lagunas que hagan imposible atender todos y cada uno de los problemas que derivan de la convivencia social y la pluralidad.²³⁵

Al respecto, vale la pena retomar las palabras iniciales de la gran obra de Gustavo Zagrebelsky, en las que refiere que “[...] *los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas al <<derecho*

²³⁵ Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Nueva York, Penguin Random House, 2018, p. 99.

positivo>> con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución.”²³⁶

En estrecha relación con estas últimas reflexiones, resulta interesante la propuesta que plantea Amitai Etzioni en su más reciente obra, en la que desarrolla una iniciativa de *comunitarismo liberal* que ofrece como opción intermedia a los extremos del globalismo y del nacionalismo, y como un proyecto encaminado a generar balances entre los derechos individuales y el bien común.²³⁷

Fiel a su raíz comunitarista, el sociólogo de origen alemán señala que en una era en la que el populismo amenaza la estabilidad de las democracias, resulta imperativo replantear los cimientos sobre los que reposan tanto la sociedad como el Estado, siendo ineludible el revitalizar la fraternidad comunitaria presente en longevas instituciones que en las últimas décadas han sido reducidas como consecuencia del individualismo liberal y las pretensiones globalizadoras que pujan por la construcción de una ciudadanía mundial.²³⁸

En aras de lograr una mayor claridad expositiva, considero importante analizar las ideas de Etzioni respecto de la forma para construir una nueva legitimidad –*forging new legitimacy*–.²³⁹

El autor utiliza el concepto de consensos morales compartidos –*shared moral understandings*–, los cuales son el resultado de los diálogos morales –*moral dialogues*– sobre un asunto en particular que requiere su replanteamiento en la sociedad dadas las circunstancias imperantes en un momento determinado, y que buscan, en la mayoría de los casos, reducir las desigualdades o crear una nueva conciencia colectiva sobre temas que han sido polarizados a la luz de la dicotomía de lo *racional* y lo *irracional*.²⁴⁰

²³⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *op cit.*, p. 9.

²³⁷ Etzioni, Amitai, *Law and society in a populist age. Balancing individual rights and the common good*, Bristol, Bristol University Press, 2019, *passim*.

²³⁸ Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales...*, *cit.*

²³⁹ Etzioni, Amitai, *Law and society...*, *op cit.*, pp. 63-90.

²⁴⁰ La crítica que Etzioni dirige a la simplista división de las posiciones en torno a un tema sobre la base la dicotomía de lo *racional* y lo *irracional* guarda enormes similitudes con los métodos de

En ese sentido, Etzioni plantea que para la construcción de cualquier consenso moral compartido se requieren agotar varios pasos, mismos que no garantizan que el consenso se logre, pues en el proceso existen diferentes factores que pudieran entorpecer el diálogo moral al grado de impedir llegar al consenso.

En primera instancia, apunta el autor, es necesario sentar las bases – *baselines*– del diálogo moral, lo que implica identificar cuál es el consenso moral vigente. Identificado éste, se requiere detonar el diálogo sociológico –*sociological dialogue starters*– es decir, fijar el tema en la agenda pública –*moral brief*–; hecho fundamental para alentar el diálogo moral a gran escala –*megalogues*– en toda la sociedad y en cada una de sus comunidades. El diálogo moral, especifica el sociólogo, tiene atributos distintivos –*distinct attributes*– que le permiten sortear la dicotomía de lo *racional* y lo *irracional*. Es un diálogo híbrido, construido por argumentos morales de imposible valoración lógica y verificación empírica y justificaciones de naturaleza emocional. En términos filosóficos, el diálogo moral es un diálogo sobre el *deber ser* –*ought*–; por lo tanto, se cimienta tanto en las emociones como en la razón.

Asimismo, la construcción del consenso moral compartido en ocasiones requiere que el diálogo moral se vea apoyado por dramatizaciones – *dramatizations*– como pueden ser las protestas, estrategias de desobediencia civil y la recuperación de espacios públicos, que son necesarias para concientizar sobre la necesidad del lograr un nuevo consenso, ya que pueden influir en las emociones de las personas y estimulan el compromiso moral.

Por último, logrado el nuevo consenso moral compartido, se requiere de un cierre o afianzamiento del mismo –*closure*– pues a pesar de su éxito seguirán habiendo personas, comunidades y grupos sociales que no estén de acuerdo y mantendrán su posición moral en torno al tema. Por lo tanto, el consenso moral compartido requiere de su concreción en leyes y políticas públicas que aseguren su afianzamiento en la sociedad hasta en tanto no sea sustituido por uno nuevo.

invisibilización o *no existencia* utilizados por la ciencia *eurocéntrica* que Boaventura de Sousa Santos explica en su *Sociología de las ausencias*.

Una última cuestión que en la actualidad resulta indispensable valorar al reflexionar sobre la forma en que entendemos el derecho consiste en responder la siguiente pregunta: ¿qué ética debe imperar en la argumentación jurídica?

Como ya lo he apuntado, el derecho debe entenderse como una práctica social que se ejecuta a través de un discurso institucionalizado. El derecho positivo –entendido este como el que se produce de acuerdo a las propias normas que integran el sistema jurídico– es la representación máxima de la institucionalización jurídica. Sin embargo, la dinámica de aplicación de las normas inevitablemente requiere del ejercicio interpretativo de su contenido, lo cual sería desastroso someter a criterios universales como lo pretenden establecer las distintas corrientes de la dogmática jurídica, ya que asumir tal posición implicaría una negación de la complejidad a la que el derecho debe atender como consecuencia de las distintas formas de vida humana que componen la pluralidad de las sociedades modernas.²⁴¹ Es decir, pretender establecer una ética única e irreemplazable en el ejercicio argumentativo jurídico, es un despropósito a la luz de las circunstancias sociales imperantes.

Soy plenamente consciente de que mis ideas pudieran combatirse con el hecho de que una dinámica como la que propongo conlleva un alto riesgo de caer en un relativismo ético que pudiera a su vez llevarnos a un absolutismo moral por parte de fuerzas dominantes dentro del Estado, sin embargo, considero que conforme a los nuevos arreglos de un constitucionalismo contemporáneo del que es posible construir una teoría de la racionalidad jurídica dinámica e *identitaria*, lo óptimo es reconocer el pluralismo ético con base en ciertos límites que a manera de consenso deben formar parte de las constituciones con el objeto de asegurar tanto el reconocimiento de distintas éticas como el de los límites que las personas que las profesan reconocen como válidos en el marco de la institucionalidad del Estado y del derecho.

Duncan Kennedy –precursor de los *Critical Legal Studies*– aborda la cuestión de la argumentación jurídica, particularmente la realizada por las y los

²⁴¹ Cfr. con la resumida referencia que líneas arriba se realizó de la *lógica de la clase dominante* que plantea Boaventura de Sousa Santos en su *Sociología de las Ausencias*.

jueces, como una cuestión de ideología. Aun cuando pareciera que el autor invita a tirar por la borda todas las propuestas teóricas sobre la argumentación jurídica y cualquier pretensión de cientificidad o racionalidad de estas, no considero que esa sea la intención del profesor de Harvard, pues cuando plantea que la argumentación jurídica responde a una adhesión ideológica, esto apunta a que dicha adhesión juega un papel de justificación interna de los argumentos que en dado caso se despliegan para la consecución de los fines que se pretenden. Por lo tanto, sería falaz sostener que de la afirmación antes apuntada se sigue que los argumentos *–ideológicamente cargados–* no puedan ordenarse conforme a las pautas que ofrecen las distintas propuestas teóricas de la argumentación jurídica. Es decir, aun ideológico, es posible presentar un argumento silogísticamente ordenado. Esto, con plena conciencia de que tanto el silogismo como el argumento, se realizan en el marco de una ideología a la que se adhiere la persona que lo emite.

En el mismo sentido, Post y Siegel afirman que “[...] *los jueces interpretan el texto constitucional para expresar sus modos implícitos de concebir el mundo* [...]”.²⁴² Es decir, hecho de plantear la inexistencia del carácter racional de un argumento debido a su carga ideológica, es pretender dar un carácter universal y unívoco a la racionalidad, misma que en el contexto del pluralismo de las sociedades modernas, debe entenderse como flexible, mutable y hasta temporal, y no necesariamente única, inmutable y atemporal.

Sin embargo, las reflexiones previamente apuntadas deben a su vez tenerse hechas con plena consciencia de que existe un profundo riesgo caer en un relativismo que se caracteriza por *decir tanto para terminar sin decir nada*. Sobre todo cuando la réplica sustentada en el pluralismo ético, racional o moral, es siempre una salida fácil para hacer frente a las dificultades de combatir argumentos fuertes, configurados a partir de posiciones teóricas bien consolidadas.

Como vemos, la construcción de la racionalidad jurídica y, en consecuencia, el aseguramiento de la eficacia del derecho no es competencia exclusiva de

²⁴² Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático...*, *op cit.*, p. 36.

quienes hemos optado estudiar esta apasionante disciplina, pues los conocimientos que traslademos de otros campos para el desarrollo de investigaciones multidisciplinarias –como pretende ser esta– serán determinantes para encontrar la salida del laberinto en el que hemos situado al derecho como consecuencia de la necesidad de ser depositarios del *pedigrí* de la cientificidad y la pureza metodológica respecto de *algo* –el propio derecho– que se enmarca en el contexto de la complejidad que es característica de la naturaleza social del ser humano.

EXORDIO. SOBRE EL RIESGO DE VACIAR EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al plantear la voluntad de verdad como procedimiento de exclusión del discurso, Michel Foucault señala que “[...] *llegó un día en que la verdad se desplazó del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, hacia el enunciado mismo: hacia su sentido, su forma, su objeto, su relación con su referencia.*”²⁴³

La cita del filósofo francés no es baladí, su reflexión contiene una cuestión trascendental que debe analizarse a la luz de lo que en la actualidad sucede con ciertos discursos y que puede plantearse al preguntarnos lo siguiente: ¿por qué es importante en el discurso su sentido, su forma, su objeto y la relación con su referencia? Foucault nos responde con su claridad envidiable apuntando que “[e]l discurso verdadero, al que la necesidad de su forma exime del deseo y libera del poder, no puede reconocer la voluntad de verdad que lo atraviesa; y la voluntad de verdad que se nos ha impuesto desde hace mucho tiempo es tal que no puede dejar de enmascarar la verdad que quiere.”²⁴⁴

A lo largo del presente trabajo he intentado combatir esa verdad que, como apunta Foucault, se nos ha impuesto. Una verdad a la que hacerle frente sigue siendo una apuesta en la que se necesita tirar un siete con dados cargados al cuatro.

Lo que aquí apunto es una cuestión que debemos trasladar al discurso de los derechos humanos. Un discurso que ha permeado hasta los rincones más inhóspitos de nuestro planeta, algunas veces logrando los efectos y deseados y en otras ocasiones desestimado por completo.

El discurso de los derechos ha tenido un desarrollo e influencia importante desde las reflexiones de la segunda posguerra y hasta nuestros días, lo que se demuestra con la producción de innumerables instrumentos internacionales que las naciones han suscrito y que han incorporado a sus sistemas jurídicos internos.

²⁴³ Foucault, Michel, *El orden del discurso*, trad. de Alberto González Troyano, 2a. ed., Buenos Aires, Fábula Tusquets, 2005, p. 20.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 24.

Sin embargo, en tiempos recientes el discurso se ha erosionado. Ha sido víctima de ataques e intentos de deslegitimarlo bajo maniqueas tácticas motivadas por el impulso de actores ultraconservadores que pretenden retrotraernos a los tiempos de los regímenes totalitarios, autoritarios y fascistas.

En ese sentido, aun cuando tales afrentas resultan un claro sinsentido, bajo ninguna circunstancia puede restársele importancia a las voces que aseguran que el discurso de los derechos humanos ha fracasado. Asumir una posición de negación o invisibilización de estas ideas sería irresponsable; por lo tanto, quienes estamos convencidos de la necesidad de que el discurso de los derechos siga afianzándose cada vez más en la conciencia de todas las personas, de las instituciones y los gobiernos, debemos esgrimir argumentos suficientes para no ceder ni un sólo espacio a cualquier intento de legitimar la demagogia, el autoritarismo y la discriminación que amenazan con el desarrollo progresivo de los derechos y las libertades.

El punto medular de la complejidad de los derechos humanos probablemente es el principio de universalidad que los rige. Sobre el particular, el jurista sudanés Abdullahi An-Na'im considera que es necesario desarrollar interpretaciones de los derechos con base en normas culturales.²⁴⁵ Lo anterior, debido a que aun cuando desde la segunda mitad del siglo pasado los países han logrado importantísimos consensos sobre la necesidad de salvaguardar el valor de la dignidad humana, aún son muchos los desacuerdos en torno a ciertos principios básicos. Tal es el caso del reconocimiento de derechos colectivos y la enorme polarización que ha invadido la discusión sobre los DESCAs.²⁴⁶

En el derecho, la preocupación sobre el desgaste del discurso de los derechos ocupa a las y los exponentes de cualquier corriente de pensamiento jurídico. Por ejemplo, Rodolfo Vázquez, destacado impulsor del liberalismo igualitario refiere que “[a]l optimismo de los noventa [del siglo XX] siguió lo que he llamado la “desilusión cosmopolita” y el debate con los defensores del pluralismo

²⁴⁵ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short...*, p. 51.

²⁴⁶ *Idem*.

global.²⁴⁷ Y continúa asestando una crítica a los autores liberales debido a que considera que

[...] precisamente ahí donde hubiéramos esperado una respuesta positiva y fundamentada sobre la prioridad de la justicia sobre el pluralismo de las concepciones del bien en sus dos defensores más destacados, la respuesta Rawls en su *Derecho de gentes* y de Habermas en sus sucesivos ensayos, desde el seminal “La Constitución posnacional y el futuro de la democracia de 1998”, hasta los más recientes, ha sido francamente decepcionante.²⁴⁸

Por lo tanto, es necesario conocer qué es lo que dicen quienes promulgan el fracaso del discurso de los derechos, en qué justifican su decir y cómo pretenden demostrar que están en lo correcto –sin que esto implique que quienes afirman tal fracaso sea necesariamente autoritarios o demagogos–.

El reconocido profesor de la Universidad de Chicago, Eric Posner, es uno de los académicos que, con base en cifras y argumentos bastante certeros, ha tratado de dar cuenta de que el discurso de los derechos humanos ha fracasado y se vacía poco a poco como consecuencia de la proliferación de tratados y convenciones en la materia.

A la pregunta de ¿por qué los Estados suscriben tratados internacionales de derechos humanos? Posner responde con evidencias desalentadoras. El autor anticipa que cuando la gran mayoría de las naciones que ratifican este tipo de instrumentos en verdad no tienen intenciones de cambiar su conducta en torno al tema.²⁴⁹ Es decir, los Estados suscriben y ratifican los tratados sobre derechos humanos principalmente por dos razones: i) por la seguridad de que el incumplimiento del tratado o convención no traerá consigo *consecuencias graves*;

²⁴⁷ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura...*, op. cit., p. 193.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 200.

²⁴⁹ Posner, Eric A., *The twilight of human rights law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 59.

y ii) por los incentivos tanto económicos como políticos que resulta de su suscripción y ratificación.

Posner apunta que los órganos internacionales-regionales encargados de la vigilancia de los tratados –comités, comisiones, tribunales– normalmente son considerados mucho más débiles que las instituciones nacionales, y cuando esto no es así, los órganos internacionales encuentran resistencia por parte de los Estados –que las crearon– bajo el argumento de la soberanía, el Estado de derecho –desde una perspectiva nacionalista– o por considerar que han excedido sus facultades. En consecuencia, los Estados terminan por cumplir sus obligaciones de la forma y grado que ellos estiman posible o adecuado, aun cuando hubiere recaído alguna recomendación, informe o sentencia contra ellos.²⁵⁰

Asimismo, suscribir y ratificar convenciones y tratados no implica asignar recursos específicos para cambiar la situación en materia de derechos que se vive en cada uno de ellos de forma inmediata, sino todo lo contrario. Esto, según Posner, se demuestra con el hecho de que varios Estados con regímenes claramente autoritarios han suscrito tratados en la materia; sobre todo Estados *pobres*, los cuales encuentran en la ratificación de estos instrumentos una vía para conseguir financiamiento de las potencias económicas –principalmente de Occidente– a cambio de adoptar los valores liberales.²⁵¹

En consecuencia, afirma el profesor de la Universidad de Chicago, la gran mayoría de los Estados no cumplen los tratados sobre derechos humanos, aun cuando en las apariencias la gran mayoría de las naciones modifiquen su sistema jurídico interno con la finalidad de reconocer o ampliar el catálogo de derechos del que gozan las personas en sus territorios y emitan leyes que supuestamente harán efectiva su protección, ejercicio y defensa.²⁵²

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 28-58

²⁵¹ *Ibidem*, p. 63. “A more plausible hypothesis is that, for most countries, once a human rights treaty is put on the agenda, it becomes hard to resist the pressure to ratify it because of the symbolic importance of looking like a good global citizen and the absence of practical consequences from being in violation of the treaty.” *Ibidem*, p. 66.

²⁵² *Ibidem*, p. 72.

De hecho, Posner ha detectado con base en evidencias estadísticas que en muchos países con regímenes autoritarios las violaciones de derechos humanos incrementan después de que éstos hubieren suscrito y ratificado algún tratado o convención en la materia.²⁵³

Pero no todo es crítica en el texto de Posner; su intención es la de colocar en la palestra un tema que merece reflexionarse. A su juicio, la acelerada evolución del derecho internacional de los derechos humanos a través de la proliferación de tratados, convenciones y las cascadas de resoluciones de los tribunales internacionales-regionales ha traído como consecuencia un paradójico fenómeno que denomina la *hipertrofia de los derechos humanos –hypertrophy of human rights–*.²⁵⁴

En ese sentido, el autor propone un nuevo comienzo –*Fresh Start*– para el desarrollo de los derechos humanos, proponiendo tres soluciones, a saber: i) catálogos de derechos mucho más reducidos, que no incluyan *nuevos derechos* que en ocasiones resultan frívolos o son utilizados por regímenes autoritarios para reducir otros derechos²⁵⁵; ii) el uso del margen de apreciación a fin de estimular a las naciones a incrementar las estadísticas de cumplimiento de las recomendaciones, observaciones, informes y resoluciones de los órganos internacionales-regionales; y iii) robustecer las instituciones y organismos internacionales-regionales con herramientas coercitivas efectivas frente a los Estados.²⁵⁶

²⁵³ *Ibidem*, p. 76

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 91. “*The hypertrophy of human rights –the proliferation of human rights treaties, of interpretations of those treaties that find new human rights, of claims about the existence of still more human rights in customary international law- does not represent a triumph of human rights, and the erosion of sovereignty, as is so often claimed. It represents more nearly the opposite. The more human rights there are, and thus the greater the variety of human interests that are protected, the more that the human rights system collapses into an undifferentiated welfarism in which all interests must be taken seriously for the sake of the public good.*” *Ibidem*, p. 94.

²⁵⁵ Posner pone como ejemplo el *derecho al desarrollo* que ha sido utilizado por países como China bajo el manto de un derecho colectivo mediante el cual se pretende justificar la restricción de otros derechos individuales. *Ibidem*, p. 38.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 137-140.

Otro autor que sigue esta misma línea es Samuel Moyn, quien señala que “[e]l enorme aumento de referencias a los derechos humanos –considerados también como un medio para relacionarnos con nuestros conciudadanos– ha coincidido con el mayor triunfo de la desigualdad en la historia global, especialmente en los países en desarrollo, pero también en muchos viejos Estados de bienestar.”²⁵⁷

El profesor de la Universidad de Yale también considera que la inflación del discurso de los derechos en ocasiones ha tenido efectos negativos, pues “[e]n la medida en que invocamos derechos, surge la tentación de convertir cualquier causa en la defensa de un derecho.”²⁵⁸

En la misma línea, Amitai Etzioni considera que el discurso se ha utilizado de formas triviales al exigir el reconocimiento o creación de nuevos derechos cuando lo que verdaderamente se exige es el reconocimiento de meras prerrogativas o privilegios que lejos están de colmar el *pedigrí* de los derechos humanos.²⁵⁹

En ese sentido, la cuestión de repensar el discurso de los derechos humanos es ineludible y de ninguna forma esto implica ceder un ápice del terreno que tanto ha costado conquistar, sino únicamente introducir al discurso los elementos de prudencia y razonabilidad.

Probablemente se podría argumentar que en las legítimas causas que combaten los históricos abusos e injusticias no tiene lugar la prudencia, pues lo que se busca es derrumbar las barreras que han impedido seguir conquistando terrenos estratégicos para su concreción. Sin embargo, introducir la prudencia y la razonabilidad a la discusión nos permitirá construir reflexiones sobre si vale la pena poner en riesgo todo lo conquistado frente al hartazgo de ciertos actores y grupos con pretensiones autoritarias que potencian la inflación del discurso para nutrir su demagogia y convencer a los pueblos del fracaso de la causa y, así,

²⁵⁷ Moyn, Samuel, “Derechos humanos: Orígenes..., *op cit.*, p. 249.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 250.

²⁵⁹ Etzioni, Amitai, *Law and society...*, *op. cit.*, p. 21.

erosionar paulatinamente las instituciones que tanto han costado construir bajo los crecientes discursos nacionalistas.

Como apunta Amitai Etzioni, los cambios en la forma en que concebimos los derechos no necesariamente implican su reducción o el debilitamiento del régimen democrático, pues cuando las instituciones y políticas no se ajustan adecuadamente a los nuevos retos y exigencias sociales, el verdadero riesgo está en que terminen siendo obsoletos.²⁶⁰

Desde luego, el afianzamiento de los derechos humanos aún deberá sortear numerosas batallas, particularmente en los recientes tiempos en donde, de la mano de líderes populistas, se han revitalizado las ideas nacionalistas y ultraconservadoras en muchas naciones del planeta.

Frente al reto de consolidar adecuadamente el discurso de los derechos existen diversas vías que han sido propuestas por innumerables académicos, políticos, jueces, activistas y demás personajes que han dedicado su vida y esfuerzos a la lucha por los derechos. Enrique Suárez-Iñiguez propone lo siguiente:

En primer lugar, creo que hay que difundir entre la población, de la manera más sencilla posible [...] que conozcan la historia de esas libertades [y derechos], cómo surgieron, por qué es vital conservarlas, pero que no se crea que son ilimitadas; ninguna lo es [salvo contadas excepciones]. Que se sepa en qué consisten verdaderamente y cuáles son nuestros principios, para que no se caiga en errores como identificarse con panfletos que, en realidad *están atentando contra las libertades de otros*; que se cobre conciencia de que las libertades [y los derechos] *son para todos* y que en aras de las nuestras no tenemos el derecho de afectar las de los demás.²⁶¹

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 130.

²⁶¹ Suárez-Iñiguez, Enrique, "Sobre el cambio en la relación libertades-seguridad. Un ensayo", *Estudios Políticos*, México, núm. 45, septiembre-diciembre de 2018, pp. 11-25. Cuando el autor menciona los panfletos que atentan con las libertades de otros, se refiere a las publicaciones de la revista francesa Charlie Hebdo, de cuyos ataques realiza un análisis a la luz de la posición que asume respecto de la relación libertades-seguridad.

Todo lo anterior encuentra eco en las ideas de José Ramón Cossío Díaz, quien nos ofrece la siguiente reflexión

Yo estimo que uno de los problemas centrales que podemos enfrentar, si seguimos argumentando circularmente respecto de los derechos humanos —sosteniendo que valen simplemente por ser derechos humanos— es el agotamiento del discurso. Si no somos capaces de construir categorías fuertes en esta materia para después utilizarlas en los ejercicios argumentativos, vamos a terminar por «abaratarse» el propio discurso, si se me permite la expresión.²⁶²

Por último, quiero precisar que no es la finalidad de mis reflexiones despertar un alarmismo desmedido o ser predicador del cataclismo de los derechos humanos, pues a pesar de los grandes pendientes en la materia la idea y el discurso se han interiorizado tanto en los individuos como en los gobiernos de buena parte del mundo a un ritmo mucho más acelerado que otras causas comunes de la humanidad. Únicamente busco situar el tema en la palestra de los otros tantos respecto de los cuales el derecho debe reflexionar en aras de mantener el rumbo hacia ese destino tan anhelado en el que los derechos humanos florecen en cualquier parcela sin importar la época del año.

²⁶² Cossío Díaz, José Ramón, "Argumentación y derechos...", *op cit.*

CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

De lo expuesto a lo largo de esta investigación podemos extraer varias conclusiones, sin embargo, a continuación presentaré las que a mi parecer resultan las de mayor relevancia.

De la primera parte:

1. Aquello que entendemos como derechos humanos, si bien tiene antecedentes históricos desde la antigua Grecia, fue construido en su concepción actual durante el periodo de la Modernidad. Por lo tanto, a pesar de los distintos enfoques epistémicos que han sido utilizados para la fundamentación y desarrollo teórico de los derechos humanos, todos han sido influenciados, en mayor o menor medida, por el pensamiento liberal.
2. Desde la segunda mitad del siglo pasado y con mayor acento en nuestros días, el liberalismo se encuentra en vilo como consecuencia de su cosmovisión antropocéntrica e individualista que ha lacerado instituciones sociales y comunitarias de suma importancia para aspirar a escenarios óptimos de justicia social e igualdad sustantiva.
3. El surgimiento del Sistema Universal y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos es muestra clara del éxito de la empresa liberal iniciada desde principios de la Modernidad. Sin embargo, tales sistemas se han ido perfeccionando mediante la incorporación de elementos del multiculturalismo y del comunitarismo.

De la segunda parte:

4. En la actualidad, el modelo de Estado que han adoptado la mayoría de las naciones de Occidente es el constitucional, el cual se compone de

ciertos elementos o rasgos distintivos que fungen como las características definitorias del *objeto* Estado constitucional.

5. Existe una relación causal relacional entre los elementos o rasgos distintivos del Estado constitucional y los principios de la racionalidad jurídica, lo que habilita la comprensión de la racionalidad jurídica en dos niveles o etapas, una abstracta y una específica o *identitaria*, que funciona bajo una dinámica de interacción gravitatoria en torno al valor de la dignidad humana y a partir de los contenidos de la Constitución.
6. La Constitución del Estado constitucional es el receptáculo de la experiencia histórica y realidades sociales, políticas, culturales y jurídicas de una nación determinada –*especificidades nacionales*–.
7. En la era del Estado constitucional, la racionalidad jurídica es aquello que es jurídicamente razonable en términos de la Constitución y conforme a las especificidades de una nación determinada.
8. Las experiencias constitucionales de las naciones latinoamericanas, si bien se asemejan en ciertos aspectos, son resultado de eventos y fenómenos complejos y particulares que no deben ser materia de un análisis conjunto, pues de tal ejercicio solo es posible obtener conclusiones limitadas a los aspectos que les son comunes, más no permiten un entendimiento específico de la experiencia constitucional de cada nación.
9. Recientemente ha surgido la idea de una *Constitución convencionalizada*, que es resultado del acelerado desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de una fe ciega hacia la doctrina del control de convencionalidad. Esta idea encuentra su raíz ideológica en un liberalismo progresista que propugna por la

defensa de los valores republicanos y que apoya la mayoría de los proyectos globalizadores; particularmente, el proyector globalizador político que pretende una ciudadanía regional o mundial, y el proyecto globalizador jurídico, que propende la internacionalización del derecho constitucional.

10. La idea de una *Constitución convencionalizada* y la doctrina del control de convencionalidad, aplicadas ambas sin recato ni prudencia, pueden comprometer la estabilidad de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales latinoamericanos, al extremo de convulsionar al Estado mismo, pues ante la existencia de racionalidades jurídicas *identitarias*, el poderoso impulso transformador de ambas instituciones compromete aquello que comprendemos como lo *constitucionalmente razonable*, que responde a criterios de particularidad en función de las *especificidades nacionales* de los países de Latinoamérica.

11. Asumir sin reserva alguna la idea de una *Constitución convencionalizada* y la aplicación desmedida de la doctrina del control de convencionalidad puede dar pie al surgimiento de *casos anómalos* y, por ende, a una *justicia fallida*.

12. La idea de una *Constitución convencionalizada* y la doctrina del control de convencionalidad son deficitarias en la atención del principio de universalidad que rige a los derechos humanos, pues solo apuntan a la dimensión abstracta del mismo.

13. La interpretación y argumentación jurídicas en el Estado constitucional han cobrado un enorme impulso, sin embargo, tales actividades se realizan siempre desde una trinchera ideológica. Por lo tanto, ante la imposibilidad de analizar la raíz ideológica de toda interpretación o

argumento, lo deseable es asegurar que éstos respondan a lo *constitucionalmente razonable*.

14. En la actualidad, el enorme impulso que se le ha dado al discurso de los derechos humanos ha provocado que se encuentre en riesgo de su *vaciamiento*. Por lo tanto, resulta imprescindible promover una sólida formación en la materia para que las personas puedan comprender sus fundamentos, desarrollo y alcances, y así, estar en posibilidad de ejercer una adecuada defensa y promoción de los mismos.

15. El derecho ocurre en realidades y contextos complejos.

A lo largo de estas páginas he realizado un esfuerzo por comprobar que la construcción de un buen derecho, que asegure mayores niveles de bienestar para las personas, pueblos, comunidades y sociedades de los Estados constitucionales latinoamericanos, no es posible si nos ceñimos únicamente a los postulados de la ideología liberal antropocéntrica y mediante el impulso de una cosmovisión individualista como ha ocurrido a lo largo de la Modernidad, pues tal visión es la que ha facilitado la insurrección de nacionalismos caudillistas ultraconservadores que pretenden reducir la idea de la justicia a parámetros utilitarios. Tampoco creo posible materializar los fines que pretendemos como humanidad si mantenemos la arbitraria idea de una sola racionalidad y la reducción de la complejidad a meras dicotomías universales sobre lo bueno y lo malo, lo público y lo privado o lo objetivo y lo subjetivo.

Latinoamérica es un ecosistema complejo en todos los aspectos –sociales, culturales, históricos, políticos y jurídicos– y cada nación se integra por componentes únicos. Si bien los estudios de varias disciplinas han tenido por objeto el análisis de la experiencia latinoamericana en su conjunto, ello no significa que nuestra región pueda ser analizada bajo el microscopio de lo homólogo.

Aunque minúsculo, mi investigación es un esfuerzo por crear consciencia sobre la necesidad de estudiar el derecho como práctica social y cultural que

ocurre en contextos de alta complejidad, en realidades dinámicas y en sociedades y comunidades cada vez más plurales.

Hace tiempo ya que el derecho ha dejado de fungir como herramienta de control social y ha asumido el papel, más discreto pero no por ello menos importante, de herramienta de conducción de los fenómenos propios de nuestros tiempos, de lo que se sigue que su misión se ha replanteado para trascender a la simple sistematización del poder coactivo del Estado, ya que ahora también se le exige encarrilar los fenómenos provocados por otras disciplinas y las nuevas tecnologías a fin de asegurar su adecuada implementación en las naciones, tomando en consideración las múltiples cosmovisiones de individuos, comunidades y pueblos que coexisten en sus territorios. El derecho, en la actualidad, debe entenderse como herramienta de conducción social, en un contexto de pluralismo y complejidad.

Partiendo de la pretensión de generalidad, objetividad y universalidad de los principios del derecho establecidos por la dogmática jurídica de los últimos dos siglos, se ha dejado pasar la oportunidad de analizar la posible existencia de distintas racionalidades propias de los sistemas jurídicos de cada Estado, que deben entenderse bajo una lógica *identitaria*, por ello mi aventurada propuesta sobre la racionalidad jurídica en sus dos dimensiones, cuya finalidad es precisamente identificar lo que en el derecho contemporáneo, el que ocurre en los Estados constitucionales, es razonable. Citando de nueva cuenta a Zagrebelsky

La manera de concebir la <<razonabilidad>> ha cambiado: de requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser requisito objetivo del derecho. Es <<razonable>> el derecho que se presta a someterse a aquella exigencia de composición y apertura, es decir, el derecho que no se cierra a la coexistencia pluralista.²⁶³

Por ello, tengo la plena convicción de que es necesario repensar el derecho razonando desde una especie de ignorancia inducida, a grado tal de imaginarnos

²⁶³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *op cit.*, p.147.

que no sabemos nada sobre nuestra disciplina pero que, al mismo tiempo, podemos percibir la realidad que nos rodea y las necesidades que las sociedades, comunidades, pueblos y personas demandan. Sólo así, reflexionando desde la nada y frente al todo, podremos ofrecer soluciones que deberán ser sometidas al tamiz de su verificabilidad empírica tras nuestro retorno de esa ignorancia inducida a la realidad de nuestro mediano conocimiento.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ACOSTA YPARRAGUIRRE, Eduardo, “El problema genético del concepto *convencionalidad*”, *Díakon*, Chía, núm. 29, 1, 2020.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 42, 2019.
- _____, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima, Palestra, Temis, 2004.
- ALEXY, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.
- _____, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.
- _____, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., México, Fontamara, 2013.
- ANSOLABEHERE, Karina et al. (coords.), *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes; México, FLACSO, 2015.
- ARAGÓN, MANUEL, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, México, Paidós, 2018.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., Nueva York, Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- _____, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOGDANDY, Armin Von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015.
- BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2008.

- _____, *et al.* (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Siglo XXI, 2002.
- CAROZZA, Paolo G. "From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 25, núm. 2, 2003, pp. 281-313.
- CLAPHAM, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2015.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Argumentación y derechos en la administración de justicia", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 36, 2013.
- _____, *et al.*, *Derecho y cambio social en la historia*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, 2019.
- DE CASAS, Ignacio, "¿Qué son los estándares de derechos humanos?", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, no. 2, 2019, 291-301.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2014.
- ETZIONI, Amitai, *Law and society in a populist age. Balancing individual rights and the common good*, Bristol, Bristol University Press, 2019.
- FERNÁNDEZ, Wilson y OLMEDO GONZÁLEZ, Hernán, "Conflictividad y órdenes mundiales: la Paz de Westfalia y la inauguración del sistema internacional contemporáneo", *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, Montevideo, núm. 8, diciembre de 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *La constitución convencionalizada. A 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.
- _____, y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.) *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes e historia de las Constituciones*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016.
- FLORES, Imer, “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.
- FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, trad. de Alberto González Troyano, 2a. ed., Buenos Aires, Fábula Tusquets, 2005.
- FULLER, Lon L., *The morality of law*, 2a. ed., New Heaven, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018.
- GERARDS, Janneke, “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, núm. 18, 2018, pp. 495-515.
- GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, trad. de Pedro de Jesús Pallares Yabur, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- _____, “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, *The Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 27-39.
- GROS ESPIELL, Héctor, “La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 43, 1989, pp. 41-64.
- GUERRA LÓPEZ, LUÍS y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2017.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de una teoría del discurso*, 6a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, 2a ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 12 (24), enero-junio de 2014.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida y BURGOS MATAMOROS, Mylai (coords.), *la disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, México, UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2018.
- HERVADA, Javier, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 18, 1988, pp. 281-300.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2003,
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 393–413.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, México, Austral, 2019.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- _____, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.
- KRATOCHVÍL, Jan, “The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.

- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Carlos Solís Santos, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996.
- _____, *Fronteras territoriales*, trad. de Karla Pérez Portilla, Madrid, Trotta, 2006.
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, *How democracies die*, Nueva York, Penguin Random House, 2018.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, 2a. ed., trad. de José Carner, México, Porrúa, 2014.
- LUQUE, Pau, “Rule of law y casos recalcitrantes”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-diciembre de 2020.
- MACAULAY TREVELYAN, George, *Historia social de Inglaterra*, 2a. ed., trad. de Adolfo Álvarez-Buylla, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- MACINTYRE, Alasdair, *After virtue. A study in moral theory*, 3a. ed., Indiana, Notre Dame University Press, 2007.
- _____, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001.
- MCCARTHY, Thomas, “Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue”, *Ethics*, Chicago, núm. 105, octubre de 1994.
- MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto, “El Margen de Apreciación Nacional: Aproximaciones para su aplicación en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 16, diciembre de 2018, pp. 102-107.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 2013.
- NATALE, Roberto A., “La reforma constitucional argentina de 1994”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.

- NIETO CASTILLO, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- _____, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- PACE, Alessandro, "Muerte de una Constitución (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, septiembre-diciembre de 1999.
- PALAZÓN, María Rosa, et al. (coords.), *Derecho (justicia legal) y utopía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- PORTALIS, Jean-Etienne, *Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil presentado el primero de Pluvioso del Año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular*, trad. de Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/9/discurso-preliminar-sobre-el-proyecto-de-codigo-civil-presentado-el-primero-de-pluvioso-del-a%C3%B1o-ix-por-la-comision-designada-por-el-gobierno-consular.pdf>
- POSNER, Eric A., *The twilight of human rights law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, trad. de Leonardo García Jaramillo y Laura Saldivia, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 2011.
- _____, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2014.

- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía el Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford University Press, 2018.
- _____ y SOBERANES DIEZ, José María, *El artículo 1o. constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- ROSENFELD, Michel (ed.), *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994.
- ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- SAJÓ, András y UITS, Renáta, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2013.
- SOLIS DELGADILLO, Diego y CORTEZ SALINAS, Josafat, "Tres contratos, tres incertidumbres: la conformación de soluciones institucionales en Hobbes, Locke y Rousseau", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 13, enero-diciembre de 2019.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, México, Siglo XXI, Universidad de los Andes, 2010.

- _____, *Una epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*, José Guadalupe Gandarilla Salgado (ed.), México, Siglo XXI, CLACSO, 2018.
- _____, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, ILSA, 1998.
- SUÁREZ-IÑIGUEZ, Enrique, "Sobre el cambio en la relación libertades-seguridad. Un ensayo", *Estudios Políticos*, México, núm. 45, septiembre-diciembre 2018.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013.
- TÖNNIES, Ferdinand, *Comunidad y Sociedad*, Buenos Aires, Losada, 1947.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- _____, *Teorías contemporáneas de la justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2019.
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*, México, Porrúa, 2012.
- _____, Francisco (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- _____, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Àgora – Revista de Ciencias Sociales*, Valencia, núm. 13, 2005.
- VIGO, Rodolfo Luis, *El Neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019.

- _____, *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, 2017.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, “Activismo judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 41, 2018.
- WALZER, Michael, “The Communitarian Critique of Liberalism”, *Political Theory*, vol. 18, núm. 1, febrero de 1990.
- _____, *Las esferas de la justicia*, 3a. ed., trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 11a. ed., Madrid, Trotta, 2016.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988.
- _____, *Caso López Soto y Otros Vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2018.
- _____, *Caso Del Tribunal Constitucional Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de enero de 2001.
- _____, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 05 de agosto de 2008.
- _____, *Caso Mack Chang Vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003.
- _____, *Caso Tibi Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de septiembre de 2004.
- _____, *Caso Gonzáles Lluy y otros Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre de 2015.

_____, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

_____, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (Fondo)*, sentencia del 20 de enero de 1989.

_____, *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú (Fondo)*, sentencia del 19 de enero de 1995.

_____, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 23 de agosto de 2013.

_____, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 28 de agosto de 2013.

_____, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 17 de abril de 2015.

_____, *Caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

_____, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 12 de agosto de 2008.

_____, *Caso Gelman Vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, sentencia del 24 de febrero de 2011.

_____, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 31 de agosto de 2017.

_____, *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 08 de marzo de 2018.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Expediente AA50-T-2016-0343*, sentencia del 11 de abril de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 350/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 7, t. I, junio de 2014, p.349.

Tribunal Constitucional de Perú, expediente N° 04617-2012-PA/TC, sentencia de 19 de noviembre de 2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Expediente 20960-2017-42-AIA, Sentencia 0084/2017*, de 28 de noviembre de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms y Versyp Vs. Bélgica*, sentencia del 18 de junio de 1971.

_____, *Handyside Vs. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976.

_____, Contradicción de Tesis 386/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 39, t. I, febrero de 2017, p.310.

Tesis V.3o.C.T.1 CS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 75, t. III, febrero de 2020, p. 2265.

Tesis 1a. CXCI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 19, t. I, junio de 2015, p. 586.

Tesis 1a./J. 47/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 7, t. I, junio de 2015, p. 402.

Otros recursos

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>

http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp

<http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>

<https://congresomexicanoibero.files.wordpress.com/2018/10/programa-viernes-congreso-mexicano-de-derecho-procesal-constitucional-final-18-10-2018.png>

<https://corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm>

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

Informe Anual 2019 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
<https://www.corteidh.or.cr/corteidh/tablas/informe2019/espanol.pdf>

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.