

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO



**TESIS DOCTORAL**

**EL *IUS COMMUNE CONSTITUTIONALE*  
SUS POSIBILIDADES FRENTE A LA SOBERANÍA  
Y A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

**M. Sc. WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ**

GUATEMALA, MARZO DE 2022

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**EL IUS COMMUNE CONSTITUTIONALE  
SUS POSIBILIDADES FRENTE A LA SOBERANÍA  
Y A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Maestra

**WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ**

Tutor

**DR. RONEL EMILIO ESTRADA ARRIAZA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTORA EN DERECHO**

Guatemala, marzo de 2022

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García  
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera  
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar  
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras  
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios  
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz  
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara  
VOCAL: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
SECRETARIO: Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila

**RAZÓN:** «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Guatemala 18 de enero de 2022

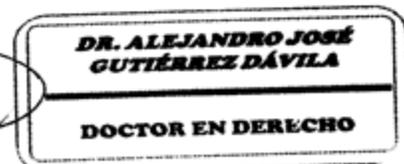
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Post Grado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente

El Infrascrito egresado de la Escuela de Estudios de Post Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, a usted informa:

Que en virtud de que fui nombrado como parte integrante de la terna examinadora del privado de Tesis de Doctorado en Derecho de la maestra WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ, titulada "EL IUS COMMUNE CONSTITUCIONALE SUS POSIBILIDADES FRENTE A LA SOBERANÍA Y A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL", dentro de esa terna, procedimos a examinar a la sustentante antes descrita el día uno de septiembre de dos mil veintiuno, derivado de lo cual, como terna examinadora, por unanimidad aprobamos el examen privado de tesis de doctorado anteriormente señalado, aprobación que fue condicionada al cumplimiento de recomendaciones vertidas por la honorable terna examinadora, por lo que la misma designó a mi persona, para la verificación del cumplimiento de las mismas.

En ese sentido, la maestra WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ, procedió a incorporar en su trabajo de tesis, las recomendaciones antes relacionadas, por lo que habiendo revisado el mismo, considero, a mi juicio, que la sustentante antes indicada, ha cumplido con lo recomendado por la terna examinadora el día uno de septiembre de dos mil veintiuno, por lo que emito dictamen favorable, recomendado que se continúe con el trámite de rigor

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente



Doctor Alejandro José Gutiérrez Dávila  
DOCTOR EN DERECHO  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

SECRETARÍA

28 FEB. 2022

Hora: 19:08

OFICIAL

Guatemala, 21 de febrero de 2022

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha diez de febrero de dos mil veintidós, en donde se me pide dictamen gramatical; según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la maestra: **WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ**, del programa de **Doctorado en Derecho**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **EL IUS COMMUNE CONSTITUTIONALE SUS POSIBILIDADES FRENTE A LA SOBERANÍA Y A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, la sustentante, ha referido las fuentes bibliográficas a pie de página, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

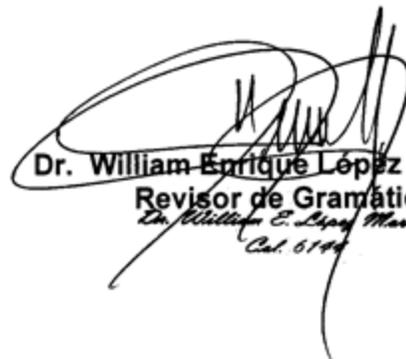
La metodología, técnicas y doctrinas que la estudiante y su parte asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. William Enrique López Morataya  
Revisor de Gramática  
*Dr. William E. López Morataya*  
Ced. 6199



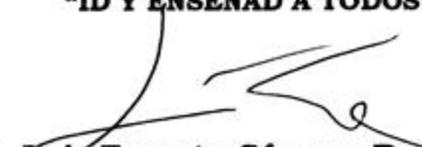
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 3 de marzo del dos mil veintidós.**-----

En vista de que la MSc. Wendy Yaneth Coloma Alburez aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 46-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL IUS COMMUNE CONSTITUTIONALE SUS POSIBILIDADES FRENTE A LA SOBERANÍA Y A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**

**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## DEDICATORIA

- A DIOS TODOPODEROSO:** Por la bendición de alcanzar otra meta más.
- A MI MADRE:** Rosa Lidia Alburez, por darme la vida, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor incondicional y creer en mí.
- A MI PADRE:** Mario Augusto Coloma Gálvez. Mi mejor ejemplo de sencillez, humildad, honradez y trabajo. Flores en su tumba. †
- A MIS HERMANOS:** Edgar Augusto y Marco Vinicio, por alentarme a culminar esta meta.
- A MI ESPOSO:** Edgar Alberto Pérez Cifuentes, por su amor, su apoyo incondicional y comprensión en todo momento. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Mario Alberto y Edgar Alejandro, a quienes amo con todo mi corazón, pidiéndole a Dios que tomen el presente acto de graduación como ejemplo a seguir.
- A MI HIJO:** Edgar Alberto, Dios te tenga en sus brazos. Te amo.
- A MIS SOBRINOS:** Sonia Elizabeth, María Gimena, Mario Augusto y Samuel David, sigan adelante.

**A:**

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de cumplir uno de mis sueños anhelados.

**A:**

La Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que me ha permitido adquirir conocimientos necesarios para la culminación de mis estudios de doctorado.

# ÍNDICE



Introducción.....	Pág. 1
-------------------	--------

## CAPÍTULO I

1. Los principios de soberanía y de supremacía constitucional .....	1
1.1. La evolución del concepto de soberanía nacional .....	1
1.2. El principio de supremacía constitucional .....	12
1.3. El concepto de supremacía constitucional .....	13
1.3.1. El principio de jerarquía normativa .....	17
1.3.2. Formas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico interno de los Estados .....	21

## CAPÍTULO II

2. La propuesta del <i>ius commune constitutionale</i> .....	25
2.1. El argumento de la globalización .....	25
2.2. La justificación de un proyecto de <i>ius commune constitutionale</i> ante la globalización .....	26
2.3. La perspectiva de una constitución común o supranacional .....	31

## CAPÍTULO III

3. Derecho internacional y derecho interno problemas primordiales que afectan al derecho internacional que impiden la existencia de una constitución internacional .....	37
3.1. El derecho internacional como orden primitivo en la concepción de Hans Kelsen .....	37
3.2. El principio " <i>pacta sunt servanda</i> " .....	38
3.3. El nivel de eficacia de las normas del derecho internacional .....	40



## CAPÍTULO IV

4. Idea y concepto de convencionalidad .....	47
4.1. La convencionalidad como institución jurídica .....	47
4.1.1. Génesis del concepto de convencionalidad .....	47
4.2. Aplicación del término .....	50
4.3. Sistema europeo .....	50
4.4. Sistema interamericano .....	54
4.4.1. Origen y evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana .....	55
4.5. Convenios internacionales y constitución .....	60
4.6. Ordenamiento jurídico y convenciones internacionales .....	67
4.7. La tipología del control convencional: concentrado y difuso .....	74
4.8. La función del control de convencionalidad en las relaciones entre los sistemas nacional e internacional .....	78
4.9. El tratamiento jerárquico de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales en el derecho interno de los Estados .....	82
4.10. La interpretación de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección .....	87

## CAPÍTULO V

5. El <i>ius commune constitutionale</i> en materia de derechos humanos .....	91
5.1. Constitución y derechos humanos .....	91
5.2. El ámbito internacional .....	96
5.3. El Estado cooperativo .....	101
5.4. La idea de un constitucionalismo supranacional .....	110
5.5. Vigencia del Estado nacional .....	124
5.6. El Estado constitucional y su apertura al derecho internacional de los derechos humanos .....	133



5.7. La confrontación de las posiciones sobre la posibilidad de la existencia de un <i>ius commune constitucionale</i> en materia de derechos humanos .....	143
5.7.1. La posición que niega la posibilidad de la existencia de un <i>ius commune constitutionale</i> en materia de derechos humanos .....	144
5.7.2. La posición que afirma la posibilidad de la existencia de un <i>ius commune constitutionale</i> en materia de derechos humanos .....	146
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	157
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	161

## INTRODUCCIÓN



Es pertinente esbozar una contextualización de las dramáticas crisis que sufrió el continente europeo antes de la Segunda Guerra Mundial y los efectos en los Estados latinoamericanos, previo al desarrollo de esta tesis (en el ámbito anglosajón pareciera haberlas sobrellevado de otra manera); estas, hicieron que en el caso de Europa, la inclinación política después de la mencionada guerra, tornara su mirada hacia lo supranacional como esperanza de que ese conflicto no se repetiría; en el caso de Latinoamérica la mirada política se vuelve hacia los entes internacionales, con la creencia de que el interés y la finalidad de los órganos fácticos, es el desarrollo y la prosperidad de los Estados que se adhieren a ellas.

En ese sentido, el denominado neoconstitucionalismo propugna la ideología de un *ius commune constitutionale*, es decir, de una Constitución común, cuyo paradigma es la denominada Constitución europea, cuya naturaleza jurídica es en realidad la de un tratado, que si bien ha sido aceptado por la mayor parte de Estados europeos, ha sido rechazado por otros, de manera que su pretensión sea la de agrupar las materias constitucionales en un solo cuerpo normativo que rija para toda Europa; no obstante ello, la integración europea no debe confundirse con un derecho constitucional común, porque una Constitución del Estado no debe confundirse con un tratado de carácter supranacional cuya naturaleza jurídica es distinta.



Uno de los más entusiastas autores que cultivan la doctrina de un *ius commune constitutionale* es Peter Häberle, quien afirma que la creación de comunidades en regiones y continentes como Europa, América y Asia, en forma incipiente también en Africa, debe entenderse como un intento de oponer a la globalización un pedazo de autoafirmación proveniente de las culturas jurídicas de las regiones grandes y pequeñas; y que globalización y autoafirmación cultural a partir del espíritu de las regiones se corresponden de manera dialéctica.

Europa ofrece al mundo la etapa textual más avanzada en materia de integración, sin embargo, no debe confundirse la integración económica con la integración constitucional porque, aunque la primera tenga implicaciones constitucionales, la segunda no es posible sin confundirla con recaudos que no pueden simplemente endosarse a la competencia de un órgano internacional o supranacional.

El papel del Estado no puede simplemente desvanecerse para dar paso a un ente internacional o supranacional, porque no puede eliminarse su función histórica, que es en esencia la de garantizar la seguridad contra los enemigos exteriores. Si bien es cierto ya no se dan las guerras clásicas acotadas por el derecho internacional, hoy se combate a escondidas y por medios técnicos en una carrera entre laboratorios de investigación, electrónica y los conflictos transcurren en ámbitos regionales, de forma fragmentada o a través de redes ocultas; ya no existen monarcas sacrosantos e inviolables; ello no implica ni que las funciones del Estado se difuminen ni que sus competencias soberanas se trasladen a entes internacionales o supranacionales,



porque las Constituciones estatales han sido formuladas y promulgadas por poderes originarios que no pueden ser sustituidos por órganos burocráticos extranjeros cuyos valores no ostentan ni la originalidad ni los valores nacionales.

El Estado constitucional, situado en el contexto de la globalización, deberá interceptar los riesgos que amenacen al ciudadano cuando se enfrente no ya al Estado, sino a sujetos de derecho privado que pretendan ejercer funciones que únicamente le competen al Estado como tal.

Si bien es cierto, hoy día se observa la proliferación de organizaciones no gubernamentales y de entes internacionales que ante la insuficiencia de la capacidad del Estado desempeñen funciones paralelas, también debe dejarse claro que ese despliegue de actividades debe mantenerse en el marco del orden público del estado constitucional.

El problema que se consignó en el diseño de la investigación, se planteó de la manera siguiente: ¿Cuáles son las posibilidades del establecimiento de un *ius commune constitutionale* y cómo puede este, vencer la significación de los conceptos de soberanía nacional y de supremacía constitucional?

La hipótesis se formuló de la forma siguiente «No es posible hablar de un *ius commune constitutionale* mas que en el ámbito de los derechos humanos, ya que en su favor se encuentran los sistemas internacionales de protección y las características



propias de los derechos humanos de universalidad, indivisibilidad, inalienabilidad, interdependencia e inviolabilidad, cuya promoción y defensa constituyen un interés común de todas las personas». Por otro lado, los conceptos de soberanía y de supremacía constitucional no son endosables o delegables en instituciones internacionales o supranacionales pues estas tienen la naturaleza de un tratado y la legitimidad política de los órganos de un tratado no pueden equipararse a la legitimidad política del poder constituyente originario. La hipótesis fue comprobada parcialmente en sentido negativo por las razones que se expondrán en el cuerpo del presente informe de investigación que consta de cinco capítulos.

En el capítulo uno se tratan los principios de soberanía nacional y de supremacía constitucional, su interpretación y principales problemas; en el capítulo dos, se analiza la propuesta neoconstitucionalista del *ius commune constitutionale* y sus principales fundamentos; en el capítulo tres, se tratan los problemas primordiales que caracterizan al derecho internacional en su relación con el derecho interno; en el capítulo cuatro, se analiza la idea y concepto de convencionalidad y de control de convencionalidad; y, en el quinto capítulo se plantea el tema del *ius commune constitutionale* en materia de derechos humanos, para por último, proponer una conclusión respecto a la investigación realizada que confirme la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.

## CAPÍTULO I



### 1. Los principios de soberanía y de supremacía constitucional

En el presente capítulo se discuten los principios de soberanía y de supremacía constitucional y los principales cuestionamientos que la doctrina neoconstitucionalista les opone a su concepción absoluta, así como a las nociones de unidad, jerarquía normativa y coherencia propias del Estado constitucional clásico, en el sentido de la relativización que tal doctrina pretende de tales principios.

#### 1.1. La evolución del concepto de soberanía nacional

El concepto clásico de soberanía, entendido como el “poder absoluto, perpetuo e indivisible”<sup>1</sup> es, desde hace décadas, materia de debate. La polémica se ha suscitado como consecuencia lógica de la proliferación de relaciones internacionales en las que el Estado nacional participa y se involucra. Por una parte, las consecuencias del proceso globalizador de la economía han conducido al debilitamiento del poder estatal en tanto que los poderes privados cobran fuerza; por otra, la afirmación de valores y principios fundamentales al margen de los derechos humanos en el ámbito internacional, influye en el orden jurídico interno de los Estados. Estos factores, según el neoconstitucionalismo, serían causa una modificación de la idea de *soberanía*.

---

<sup>1</sup> Attili, Antonella. **Derecho y poder en la crisis de la soberanía**. En: **Revista de Estudios Políticos**. Pág. 96.



Parte muy importante del debate sobre esta *mutación* del concepto de soberanía es el proceso de integración que viven los Estados europeos y la delegación de competencias soberanas de los Estados a favor de organizaciones internacionales. Esto no deja de generar dudas y temores sobre la preservación de la soberanía, incluso de la permanencia y la preeminencia del Estado nacional soberano dentro de un orden supranacional. Desde esta perspectiva, la soberanía puede verse incluso como “una situación incómoda para el ordenamiento jurídico internacional que está siendo modificado y adaptado a las circunstancias actuales”.<sup>2</sup> Lo anterior intensifica la polémica en torno a la soberanía como un tema relevante para el análisis teórico y político.

Estas manifestaciones sobre el concepto de soberanía no corresponden sino al desenvolvimiento del concepto en contextos específicos, lo cual lleva a considerar que el dilema se debe a ciertas confusiones dialécticas, las variantes obedecen a circunstancias que tratan de responder a una realidad imperante. Dichas manifestaciones se explican por el hecho de que, según el neoconstitucionalismo, no hay una única forma de entender actualmente la soberanía, razón por la cual suele recibir el título de “soberanía poliédrica”.<sup>3</sup> Esto sin embargo, carece de sentido lógico, pues la soberanía lo es o no lo es, indistintamente de las concepciones que cada quien pueda tener sobre ella.

En el sentido anterior, *Los seis libros de la república* de Juan Bodino, escrito en 1576, resulta referencia principal sobre el concepto de soberanía, que es definida por

---

<sup>2</sup> Roldán Barbero, Javier. **Soberanía del estado y derecho de la Unión Europea**. Pág. 302.

<sup>3</sup> Fernández Sánchez, Pablo A. **La soberanía poliédrica**. Pág. 102.



este autor francés como el poder absoluto, indivisible y perpetuo. Considerando el contexto en que surge esta definición; como primer elemento, “el concepto dogmático se acuña en el marco del surgimiento del Estado moderno (por consiguiente, de la soberanía estatal), época de conflictos en la que prevalece una pugna constante entre poderes que tratan de imponerse”.<sup>4</sup>

Debido a ello, el *poder* va a ser el punto clave que bajo ciertas notas específicas da sustancia para definir el concepto. Así surge la idea de que *soberano* es aquel capaz de imponerse y que por lo tanto no está sujeto a límites; se habla entonces de un poder que no admite otro superior. En este sentido, “se denominaba *soberano* al monarca, cuyo poder absoluto atendía a que no tenía límites, es decir, *soberano* es aquel que no está sometido al imperio de ningún otro, puede dar leyes y anularlas o imponerlas”;<sup>5</sup> la capacidad de decisión es un elemento intrínseco de dicho poder soberano, puesto que, según el ejemplo dado, no puede el príncipe en sus decisiones, consultar al Senado o al pueblo, pues estaría de cierta manera dependiendo de sus súbditos; el pueblo y el príncipe no pueden ser soberanos paralela ni alternativamente, lo que también conlleva el carácter de unidad del poder concretado en el carácter de potestad soberana.

De igual manera, el poder *soberano* del príncipe es perpetuo e irrevocable, no está sujeto a límites temporales, es decir, el príncipe es el propietario y poseedor de la

---

<sup>4</sup> García Gestoso, Noemí. **Sobre los orígenes históricos del concepto de soberanía.** Pág. 120.

<sup>5</sup> **Ibid.** Pág. 311.



soberanía. En dichas circunstancias, Juan Bodino define la soberanía como “*el poder absoluto y perpetuo de la república*”.<sup>6</sup>

Así, se tiene que la soberanía se manifiesta como poder: poder de decisión y poder absoluto, indivisible y perpetuo. Según el neoconstitucionalismo, el carácter absoluto de la soberanía correspondió a la realidad imperante en aquella época concreta en que sirvió de base para la búsqueda del fortalecimiento del poder del Estado que apenas estaba surgiendo. La unidad y omnipotencia del poder político fue el medio en aquel entonces para garantizar la paz y el derecho, y dar paso con ello al Estado soberano. “De ahí que la soberanía sea un concepto que atiende a la pretensión de satisfacción de las necesidades de una realidad específica para la organización de la vida pública, siendo los elementos constitutivos de tal organización la esencia del concepto de soberanía en cada contexto determinado”.<sup>7</sup> ¿Es así, depende la soberanía de cada contexto, como lo expresa el neoconstitucionalismo?

Los efectos del ejercicio de la soberanía se reflejan tanto en el ámbito interno como externo de los Estados, ambos provienen del ejercicio del poder y son las directrices del derecho y la política estatal; para todo orden es necesaria la construcción de “un poder político capaz de crear y defender un orden colectivo, superando los conflictos internos (civiles) y externo (guerras), denotando un poder material que le permite imponerse”,<sup>8</sup> esta referencia es expresión de una soberanía que se ejerce en el interior y hacia el exterior del Estado. En ese sentido, Frosini, al hacer referencia a las interpretaciones de la soberanía, advierte que “referir a una soberanía

---

<sup>6</sup>Schmitt, Carl. **Teología política. cuatro ensayos sobre la soberanía.** Pág. 19.

<sup>7</sup> García Gestoso, Noemí. **Op. Cit.** Pág. 315.

<sup>8</sup> Attili, Antonela. **Op. Cit.** Pág. 281.



de derecho internacional y una soberanía estatal, resulta erróneo; en todo caso, sugiere que la referencia es respecto de los efectos de una sola característica del Estado, que es la soberanía”.<sup>9</sup>

El carácter absoluto en la noción de soberanía se justifica en aquellos contextos en virtud de su finalidad para mantener el orden público a través de un poder fuerte para dictar leyes e imponer el derecho, poder soberano que en la tradición absolutista fue detentado por el monarca. Con la transición hacia la constitución de los Estados modernos, la idea de la soberanía adoptó predominantemente un carácter interno, correspondiente a la legitimación del derecho fundamentada en el principio de la soberanía del Estado, enfocada en la relación del Estado con los individuos y la imposición del orden interno a través del derecho, legitimado por el poder soberano.

De igual manera, en el contexto de un riesgo latente de guerra, la soberanía fue concebida con carácter absoluto para no admitir la intromisión de ningún otro orden, poder o fuerza exterior sobre el Estado; representaba un poder de defensa y exigencia del respeto a sus elementos esenciales, la territorialidad, su orden interno y la plena independencia de su gobierno. Tras la Paz de Westfalia en 1648, se reconoció la soberanía de todos los Estados en un margen de igualdad, base sobre la que se desarrolló el Derecho internacional con el objetivo de regular las mutuas relaciones entre los Estados; la soberanía representaba entonces la autonomía del poder estatal frente a cualquier otro poder. “En esa evolución hacia manifestaciones exteriores, la soberanía fue desarrollando límites a las atribuciones o capacidades del Estado,

---

<sup>9</sup> Frosini, Vittorio. **Kelsen y las interpretaciones de la soberanía**. En: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Pág. 61.



mismas que se tradujeron en la capacidad para establecer y disponer relaciones diplomáticas y consulares”.<sup>10</sup>

Pero hablar de soberanía interna y soberanía externa no es más que referirse a distintas formas en que esta se manifiesta, es decir, los efectos que de ella se desprenden. En ambos casos se está frente al reflejo del ejercicio de la soberanía estatal conservando los elementos con notas específicas en torno al poder, de ahí que desde aquel momento y hasta hoy, se concibe a la soberanía “como el poder único, fuente exclusiva de todas las facultades de acción del poder del Estado, que en su acción no reconoce otros límites más allá de los que él mismo se impone o asume voluntariamente”.<sup>11</sup>

Las distintas formas en que a lo largo de la historia ha sido concebida la soberanía se deben a las circunstancias y el contexto específico externo e interno en que se encontraba el Estado. Así, el carácter absoluto de la soberanía referido por Juan Bodino, atendía principalmente a la necesidad de afianzar un poder estatal fuerte para evitar intromisiones de otros poderes, y ese poder absoluto y soberano era ostentado por el monarca. Más adelante, con el surgimiento de los Estados modernos, el poder soberano pasó de ser detentado por el monarca, a su institución en el pueblo; se concebía más como un instrumento para la garantía de la paz y para remediar los excesos del poder arbitrario aludiendo a una organización política contrapuesta al absolutismo; y en ese sentido, la corriente neoconstitucionalista afirma que los derechos fundamentales se imponen como límites al ejercicio de la soberanía.

---

<sup>10</sup> Fernández Sánchez, Pablo. A. **Op. Cit.** Pág. 593.

<sup>11</sup> García Gestoso, Noemí. **Op. Cit.** Pág. 320.



Posterior a ello, la constitución del estado de Derecho viene a dar otros matices a la soberanía, el poder y su ejercicio, siendo que este se estatuye para ejercerlo de manera positiva a través del establecimiento de normas en un documento original denominado Constitución, en el que se establece la estructura y funcionamiento del Estado, así como los derechos sustantivos de las personas para garantizar el ejercicio del poder público en favor de los intereses de la comunidad. Así surge el imperio de la ley y el consecuente estado de Derecho, cuyos límites máximos consisten en los derechos y libertades fundamentales que, a su vez, se convierten en los límites del ejercicio del poder soberano.

De esta manera, la soberanía, en la concepción neoconstitucionalista, evolucionó de un poder ejercido arbitrariamente a un poder que tiene como límites para su ejercicio a los derechos fundamentales; pasó del Estado absolutista al Estado constitucional y democrático de derecho, en donde el depositario de la soberanía es el pueblo, que delega dicha facultad a los poderes constituidos y estos lo ejercen en las formas y “con los límites que la misma Constitución establece, correspondiendo estos a los impuestos por la justicia y por los derechos de la persona; características actuales de todo Estado moderno y constitucional de Derecho”.<sup>12</sup> (sic)

De igual manera, el concepto de soberanía en su manifestación exterior evolucionó hacia la imposición de límites al poder en favor de los gobernados. La Paz de Westfalia reconoció a los Estados su carácter soberano con el fin de erradicar la inseguridad de la guerra civil y alcanzar la paz y seguridad colectiva a través de la colaboración conjunta. El reconocimiento de la soberanía de los Estados trajo como

---

<sup>12</sup> Attili, Antonela. **Op. Cit.** Pág. 285.



consecuencia la limitación de su poder frente a la condición jurídica y soberana de los demás Estados, de tal manera que “el ejercicio de la soberanía estatal se vio sometido a los límites jurídicos internacionales, la igualdad soberana de los Estados y la no intervención”.<sup>13</sup>

Según el neoconstitucionalismo, este último, el principio de no intervención, está siendo desplazado por el contexto internacional de los derechos humanos, para cuya protección la soberanía se encuentra limitada tanto por el derecho constitucional en el ámbito interno, como por el derecho internacional en el ámbito externo para evitar el ejercicio arbitrario del poder. Sin embargo, resulta contradictorio que el neoconstitucionalismo afirme la limitación de la soberanía estatal, cuando han sido los pueblos en la manifestación de su voluntad general, quienes la consagran en sus constituciones.

El debate en relación con las manifestaciones exteriores de la soberanía continúa intensificándose, especialmente en relación a los llamados Estados postmodernos en vías de integración, como es el caso de los Estados europeos. La postura en contra refiere que al ceder atribuciones a órganos supranacionales se vulnera la soberanía estatal; la postura a favor sostiene que la soberanía no se ve vulnerada en el marco de las relaciones internacionales, y que por el contrario, solo adecuándose a las exigencias del orden jurídico internacional esta podría ejercerse plenamente para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

---

<sup>13</sup> Frosini, Vittorio. **Op. Cit.** Pág. 67.



Finalmente, para el neoconstitucionalismo no hay una forma única de entender la soberanía, ya que esta y sus manifestaciones dependen de las circunstancias y contexto particular de cada Estado en un momento determinado. Se vuelve aquí a la paradoja de Parménides, *la soberanía lo es o no lo es*, porque no es posible que *sí lo sea* en algunas ocasiones y que *no lo sea* en otras; tal cual una materia utilitaria que se usa cuando conviene y que no se usa cuando no conviene.

La cooperación entre naciones y la atribución de competencias soberanas a órganos internacionales en Europa, por ejemplo, surge como una necesidad propiciada por las condiciones precarias de los Estados después de las dos guerras mundiales, lo cual convirtió en un imperativo la cooperación para asegurar la paz internacional y los derechos fundamentales.

Estas circunstancias implican que los Estados han pretendido lograr un desarrollo social y económico progresivo a través de la integración, delegando algunas competencias soberanas a favor de órganos supranacionales ha constituido una herramienta para la construcción de políticas efectivas para la consecución de objetivos comunes.

Esta delegación de competencias estatales a un ente supranacional para el bien común, según el neoconstitucionalismo, no conlleva la cesión de la soberanía de los Estados parte, sino únicamente una forma diferente de ejercerla. La soberanía nacional de dichos Estados sigue estando vigente y presente en todos los ámbitos, pues es incluso condición esencial para las relaciones internacionales; se trata solo de la redefinición de su concepto y ejercicio a partir de las realidades actuales. La cuestión



aquí es la pregunta sobre si, dado el concepto de soberanía, existen formas diferentes de ejercerla, y se vuelve a la paradoja de Parménides.

Afirman los cultivadores del neoconstitucionalismo que, con lo anterior se explica cómo el Estado puede *aceptar limitaciones de órganos externos y delegarles a estos competencias sin que esté perdiendo por ello su soberanía*, sino como un signo de apertura a la adopción de mejores herramientas para el cumplimiento de fines estatales comunes, tal como ha ocurrido en Europa a través de la *transferencia de competencias soberanas de los Estados, pero no por su soberanía*. Si no existe una contradicción entre *transferencia de competencias soberanas y no perder su soberanía*, el neoconstitucionalismo tendrá mucho que explicar.

Este aspecto ha sido precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Internacional, que ha señalado en la sentencia de 1923 Wimbledon, que la soberanía no es transferible: “El Tribunal se niega a ver en la conclusión de un tratado cualquiera, por medio del que un Estado se compromete a hacer o no hacer algo, un abandono de la soberanía (...) la facultad de contraer compromisos unilateralmente es precisamente un atributo de la soberanía del Estado”.

Desde este punto de vista, la integración basada en la transferencia de competencias estatales al margen de la voluntad soberana, puede tener aspectos negativos o positivos. Ciertamente el Estado nacional, inmerso en el fenómeno globalizador y sus consecuencias, parece ver reforzados poderes privados que imperan y se sobreponen al poder estatal, con un supuesto debilitamiento en su esfera de actuación. Ante ello, ve necesario recurrir a medios disponibles para conservar su



esencia, recuperar su poder y cumplir con sus funciones creadoras y deberes internacionales. “El Estado, para que pueda ser soberano, debe disponer de los medios necesarios que permitan ejercer los atributos de la soberanía”.<sup>14</sup> (sic)

De esta manera, manifiestan los defensores del neoconstitucionalismo, la delegación de competencias soberanas de los Estados que dan cabida a órganos internacionales y a un ordenamiento jurídico supranacional, *no implica la pérdida de la soberanía*, puesto que los instrumentos jurídicos de los órganos internacionales instituyen principios del derecho constitucional, como es el caso del Tratado de la Unión Europea, que se forja sobre el respeto de la dignidad nacional y la integridad territorial del Estado soberano.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia interna, los propios Estados nacionales, dentro de sus órganos jurisdiccionales, plasman su postura soberana, tal como consta en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, que al pronunciarse sobre el Tratado de la Unión Europea en 1993 estableció: “Los Estados miembros formaron la Unión Europea con el fin de ejercer mancomunadamente la soberanía (...). El tratado de la Unión tiene presentes la independencia y la soberanía de los Estados miembros por cuanto compromete a la Unión a respetar la identidad nacional de los Estados miembros (...) dotando a la Unión y las Comunidades tan solo de determinadas competencias y facultades (...) y erigiendo acto seguido a la norma de subsidiariedad en principio jurídico vinculante para la Unión.” Sin embargo y con gran reserva, afirmar lo mismo para el caso de Latinoamérica sería honestamente una analogía poco objetiva.

---

<sup>14</sup> Fernández Sánchez. **Op. Cit.** Pág. 102.



El neoconstitucionalismo no ha logrado explicar hasta ahora, o mejor dicho resolver, la evidente aporía entre *delegación y conservación de la soberanía* que tanto se empeña en defender, por otro lado tampoco esta ideología explica la contradicción entre *firmar tratados en ejercicio de la soberanía y someter esta a las decisiones de órganos internacionales y supranacionales*; pareciera entonces, que la soberanía sirve para *someter a los Estados a un órgano externo*, lo cual deviene en un *oxímoron*.

## **1.2. El principio de supremacía constitucional**

El debate contemporáneo sobre la supremacía constitucional y los tratados de derechos humanos en Latinoamérica, se centra en establecer estos últimos prevalecen sobre las Constituciones como lo afirma la última jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien deben subordinarse a ellas, y también cuál derecho aplicar en caso de haber divergencia la Constitución y un tratado de derechos humanos. Estos cuestionamientos llevan a enmarcar diversos puntos en el tema de la supremacía constitucional, donde la vertiente neoconstitucionalista se inclina a hacer prevalecer en todo tiempo la norma que más favorezca a las personas otorgándoles la protección más amplia de sus derechos, independientemente de su fuente.



### 1.3. El concepto de supremacía constitucional

Este término significa preeminente o superior. En la teoría del derecho constitucional, “la supremacía corresponde a un principio característico de toda ley fundamental de un Estado”,<sup>15</sup> es decir, la Constitución goza del carácter preeminente y superior en relación con todo el ordenamiento jurídico, por lo que al ser ley suprema y base de todo el sistema normativo, la validez de todas las disposiciones que lo constituyen depende de su conformidad con ella. La Constitución es concebida como la columna vertebral de la organización de una sociedad plasmada en un documento.

Dentro de la teoría política se encuentra que “la Constitución se clasifica en sentido político y en sentido normativo. Según Carl Schmitt, en el sentido político, la Constitución se concreta a la manera de ser resultante de cualquier unidad política derivada del poder constituyente que contiene las decisiones políticas fundamentales. En el sentido normativo, la Constitución comprende la regulación legal fundamental del sistema de normas supremas; o bien en el concepto de Karl Loewenstein, que integra la estructura de la sociedad política organizada con el objeto de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho”.<sup>16</sup>

En la teoría del derecho generalmente se conceptualiza en un sentido formal y material; en este último, la Constitución está referida a los principios incorporados por el poder constituyente en un momento dado, por lo tanto, son prevalentes en el Estado y establecen la parte orgánica referida al funcionamiento del poder público así como la parte dogmática consistente en los derechos fundamentales de las personas. Por su

---

<sup>15</sup> Carbajal, Juan, A. **Teoría de la constitución**. Pág. 217.

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 17.



parte, en sentido formal, la Constitución viene a ser el orden jurídico fundamental de la sociedad, establecido de una sola vez, cuyo sentido formal, señala Uribe Arzate “es el de mayor importancia en el Derecho constitucional”.<sup>17</sup>

De las referencias anteriores se desprende que la Constitución de un Estado es el documento más importante de carácter político, social y jurídico y que como tal, ninguna norma puede ser superior a ella; pero la ideología neoconstitucionalista afirma que esta perspectiva se relativiza en materia de los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales.

“El principio de supremacía constitucional proviene de Estados Unidos, de su constitucionalismo naciente, aunque algunos autores hacen referencia a diversos órdenes jurídicos anteriores a la formación del Estado nacional”.<sup>18</sup> Como antecedente, hay que recordar que las trece colonias inglesas al momento de independizarse consideraron a su Constitución como *ley fundamental*, y es precisamente por esta situación que la integración del Estado revistió especial importancia, pues el éxito de la unión de las colonias se encuentra en la determinación de la supremacía de la Constitución de Estados Unidos de América, que constituyó la unión como un Estado.

Colombo Campbell opina que “la idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, quien afirmó: *una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley,*

---

<sup>17</sup> Uribe Arzate, Enrique. **Principio de supremacía constitucional. exégesis y prolegómenos.** Pág. 42.

<sup>18</sup> Carpizo McGregor, Jorge. **La interpretación del artículo 133 constitucional.** Pág. 3.



*por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes*".<sup>19</sup> "Formalmente, la supremacía de la ley fundamental fue incorporada en la Constitución estadounidense de 1789, en el Artículo sexto, sección 2, donde se estableció que la Constitución y las leyes de Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, así como los tratados celebrados y que se celebraran por las autoridades, serían la ley suprema de la unión".<sup>20</sup> (sic)

En la interpretación judicial, el antecedente histórico y teleológico del principio de supremacía constitucional, y a su vez el de jerarquía de las leyes, se encuentra en la interpretación realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al resolver el célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1803, cuyo razonamiento, al interpretar los Artículos 3º, segunda sección, párrafo primero, y 6º, segunda sección, circunscribió los alcances de la supremacía y dio lugar a los puntos centrales del constitucionalismo moderno, al considerar la Corte Suprema que: "Como documento dado por la voluntad soberana y originaria del pueblo, los principios de la constitución se consideran fundamentales; todos aquellos que han elaborado constituciones las consideran como ley fundamental y suprema de la nación. La Constitución consigna facultades y límites a la actuación de los poderes públicos que no pueden ser traspasados. De lo contrario, las constituciones escritas son un intento absurdo por parte del pueblo para limitar el poder que por su propia naturaleza es ilimitable. La Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraríe. La teoría de los gobiernos debe ser que una ley que repugne con la Constitución debe considerarse

---

<sup>19</sup> Colombo Campbell, Juan. **Funciones del derecho procesal constitucional**. En: **Revista Ius et Praxis**. Pág. 11.

<sup>20</sup> Gudiño Pelayo, José de J. **Lo confuso del control difuso de la constitución**. En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. Pág. 159.



inexistente. Los tribunales deben tomar en cuenta a la Constitución, la cual es superior a toda ley ordinaria del legislativo, y por lo tanto, tiene que prevalecer en aquellos casos en que otro precepto se oponga a la ley fundamental, o bien, cuando ambas sean aplicables”.<sup>21</sup> (sic)

De lo anterior se desprende el referido principio de supremacía que tiene la Constitución, desde la premisa de que en ella se contienen los principios fundamentales derivados de la voluntad del pueblo, sometiendo el ejercicio del poder público a los lineamientos determinados por la ley fundamental. Por consecuencia, esto daba la pauta para la determinación del principio de jerarquía normativa y el de la superioridad de la Constitución conforme a la cual se determinaba la validez de las normas conforme al control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales.

La Constitución, en la teoría clásica del derecho constitucional, es el fundamento de todo el orden jurídico. En ese mismo sentido, “la supremacía se obtiene de dos vertientes: la objetiva y la subjetiva. En el aspecto objetivo, la Constitución preside el ordenamiento jurídico; y en el aspecto subjetivo, ningún acto del poder público puede vulnerarla válidamente; como norma suprema prevalece sobre todas las demás condicionando a las normas que de ella derivan”.<sup>22</sup>

El sentido pleno de la Constitución consiste en, según afirma Uribe Arzate, “el control efectivo de quienes ejercen el poder y la garantía de los derechos fundamentales de las personas, pues la supremacía constitucional debe verse como

---

<sup>21</sup> Cossío Díaz, José R. **Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en el derecho mexicano**. Pág. 867.

<sup>22</sup> Palomino Manchego, José F. **Constitución, teoría constitucional y teoría de las fuentes del derecho**. Pág. 58.



una proyección normativo-legal pero también como algo más que graduación y jerarquía normativa; debe verse reflejada en la práctica jurídica”.<sup>23</sup>

En este sentido, se trata de ver a la Constitución no solo en el ámbito normativo, sino también incorporar su parte esencial, que consiste, junto con la limitación de los actos del poder público, en la garantía de los derechos fundamentales de las personas, por lo que a parte del aspecto formal de ser un cuerpo normativo, también contiene elementos denominados meta-jurídicos. Incluso Suárez Camacho y Palomino Manchego señalan que “la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución solo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido como en el papel que le corresponde cumplir en el mundo del derecho”.<sup>24</sup>

### 1.3.1. El principio de jerarquía normativa

“La jerarquización de las disposiciones que integran el orden jurídico implica una relación de supra y subordinación entre las mismas”.<sup>25</sup> La teoría constitucional clásica concebía, como Kelsen explicaba, la supremacía de la Constitución como pilar de la jerarquización de las leyes, donde la Constitución era la base del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, norma suprema: “El orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida

---

<sup>23</sup> Uribe Arzate, Enrique. **Op. Cit.** Pág. 8.

<sup>24</sup> Suárez Camacho, Humberto; Palomino Manchego, José. **El sistema de control constitucional en México.** Pág. 230.

<sup>25</sup> Palomino Manchego, José F. **Op. Cit.** Pág. 232.



conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta”.<sup>26</sup>

De esta manera, al ser la norma constitucional original la fuente primaria, se crea una producción de normas jurídicas subordinadas a ella, cuya estructura escalonada surge a partir de que la norma original se convierte en directriz jurídica de las demás, “lo cual produce la supra y subordinación jerárquica de las leyes, en donde la norma fundamental se encuentra en la cúspide de la pirámide kelseniana y todas las demás normas del ordenamiento jurídico encuentran su validez en ella”.<sup>27</sup>

Las normas contenidas en la Constitución “gozan de la mayor jerarquía dentro del orden jurídico, en virtud de constituir los lineamientos de la sujeción del poder del Estado y límites a sus atribuciones y a la salvaguarda de los derechos de las personas. Por eso, la jerarquía normativa es el elemento mediante el cual se tiende a garantizar el carácter supremo de la Constitución”.<sup>28</sup>

La jerarquización del ordenamiento jurídico, y sus correspondientes relaciones de supra y subordinación entre las normas que lo integran, implica el sometimiento del poder público a la norma suprema, limitando su actuación a lo establecido en la ley fundamental en dos aspectos: en la emisión de las leyes reglamentarias, las cuales deben estar conformes en ella; y la observancia de sus preceptos en la aplicación de las leyes. “Lo anterior permite afirmar que, ante la incompatibilidad de una norma frente

---

<sup>26</sup> Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 132.

<sup>27</sup> Suárez Camacho, Humberto; Palomino Manchego, José F. **Op. Cit.** Pág. 24.

<sup>28</sup> Colombo Campbell, Juan. **Op. Cit.** Pág. 17.



a otra, los jueces deban preferir la que sea conforme a la Constitución, lo que conduce al control constitucional de las leyes”.<sup>29</sup>

“En esta concepción clásica de la supremacía constitucional, la jerarquía determina la validez de las normas jurídicas. Según Kelsen, el derecho regula su propia creación, una norma pauta la creación de otra, cuya relación es de supra y subordinación, en relación a la de rango superior, por lo que las leyes que emanen de ella deben estar adecuadas a su contenido. En este sentido, la jerarquía normativa consiste en hacer prevalecer la validez de unas normas jurídicas sobre otras”.<sup>30</sup>

Esta visión tradicional de la jerarquización de las normas, condiciona la validez de los preceptos a su conformidad con otros de mayor jerarquía, los que a su vez están determinados por otros, y así sucesivamente hasta llegar a la Constitución; es decir, la validez de las normas depende de su adecuación a otras normas igualmente válidas en relación con otras de mayor jerarquía.

En este sentido, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de esta depende de aquella, en cuya aplicación, una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa e incurre en un vicio de invalidez, por lo que la jerarquía normativa entendida en ese contexto, se basa en una cadena de validez de las normas, dependiente de relaciones de subordinación.

---

<sup>29</sup> **Ibid.** Pág. 243.

<sup>30</sup> **Ibid.** Pág. 238.



La jerarquización de las leyes produce las siguientes consecuencias:

- a) La unidad del orden jurídico, la que a través de su graduación jerárquica asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas que lo integran. Así, las normas inferiores deben adecuarse a las superiores y las de igual rango no deben contradecirse; es decir, debe existir la armonía en la producción de las normas conforme al texto constitucional. Una norma está condicionada a otra superior de la cual proviene hasta llegar a la última en jerarquía.
- b) El control de las leyes, que conduce a revisar que las normas sean válidas de conformidad con la Constitución, este elemento conduce a la eficacia de la supremacía constitucional.
- c) El estatus razonable como parte de la jerarquía, consistente en que las normas, como instrumentos para lograr los fines de la Constitución, deben producirse en concordancia con la efectiva realización de sus preceptos.

“En este concepto se refleja la jerarquía de leyes expresada por Kelsen, conforme a la cual no existe un sistema coordinado de normas, sino que se instituye un sistema jerarquizado”.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Suárez Camacho, Humberto; Palomino Manchego, José F. **Op. Cit.** Pág. 25.



### 1.3.2. Formas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico interno de los estados

La integración del derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico interno de los Estados, es uno de los temas de mayor estudio y mención en el ámbito del derecho internacional. Las controversias suscitadas al respecto giran en torno al grado y la forma en que los instrumentos internacionales son asimilados en su observancia, aplicación y exigibilidad por el apartado estatal y por los operadores jurídicos.

El constitucionalismo sostiene, por una parte, que “las normas internacionales son derecho vigente dentro de un Estado solo cuando la Constitución las incorpora, pues de este modo es el propio Estado en el ejercicio de su soberanía quien está autodeterminándose un orden jurídico”.<sup>32</sup> En este sentido, es la propia Constitución estatal la que establece la forma y el nivel en que las normas internacionales se incorporarán al derecho interno, siendo entonces el parámetro de control y validez de dichos instrumentos internacionales dentro del sistema jurídico estatal, a fin de que prevalezca en todo tiempo el carácter supremo de la ley fundamental.

Contrario a ello, está la postura de que “el Derecho internacional debe prevalecer frente al Derecho interno de los Estados, toda vez que se trata de obligaciones de *ius cogens* que no pueden ser ignoradas, por lo que cualquier norma con dicho contenido debe prevalecer sobre cualquier otra”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> **Ibid.** Pág. 27.

<sup>33</sup> **Ibid.**



Por otra parte, “hay dos posturas respecto de los procedimientos y consecuencias de la incorporación del Derecho internacional en el ámbito estatal: una es la teoría monista, que considera la incorporación plena de las normas internacionales al sistema jurídico del país receptor; y la segunda es la teoría dualista, que establece una clara y marcada separación entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico local”.<sup>34</sup>

De igual manera, hay dos vías para la incorporación del derecho internacional al derecho interno de los Estados: recepción automática y recepción especial. “Se trata de una recepción automática cuando no se requiere de algún acto normativo especial previo para su incorporación, es decir, simplemente se suscribe, aprueba y ratifica con la eventual exigencia de su publicación oficial. Por otra parte, la recepción especial del Derecho internacional requiere que el instrumento adoptado sea adecuado para su incorporación mediante un acto interno y un decreto, ley u ordenamiento”.<sup>35</sup>

“Sin embargo, el valor jerárquico que cada Estado reconozca a los instrumentos internacionales dentro del orden jurídico interno, así como sus consecuencias pueden clasificarse en diversos niveles:

- a) Supraconstitucional: los tratados internacionales prevalecen sobre la propia Constitución del Estado.
- b) Constitucional: los tratados se posicionan en la misma jerarquía normativa que la Constitución del Estado, es decir, los tratados adquieren un rango constitucional del orden jurídico interno.

---

<sup>34</sup> Linares, Antonio. **Derecho internacional público**. Pág. 32.

<sup>35</sup> **Ibid.** Pág. 33.



- c) Supralegal: los tratados internacionales tiene una jerarquía superior a las leyes internas ordinarias, pero por debajo de la Constitución.
- d) Legal: los tratados internacionales tienen el mismo rango o jerarquía normativa que las normas internas ordinarias”.<sup>36</sup>

La clasificación anterior puede ser traducida también en etapas progresivas del Estado en su proceso hacia el pleno respeto, reconocimiento y tutela de los derechos humanos a través del reforzamiento subsidiario de los medios internos para su protección con el orden jurídico y los mecanismos supranacionales para tales efectos.

En la doctrina neoconstitucionalista, los instrumentos internacionales fueron creados con intenciones y fines que los hacen prevalecer sobre el derecho interno independientemente del rango jerárquico que la Constitución del Estado les reconozca, es decir, afirma el neoconstitucionalismo que se tiende a la prevalencia de los tratados más favorables a los derechos humanos sobre las normas de la propia Constitución si estas limitan derechos reconocidos, situación que, salvo la aplicación del principio *pro persona*, puede ser invertida en caso de que así se demande en virtud de otorgar a las personas la garantía más amplia de sus derechos.

El constitucionalismo actual tiende a la apertura hacia las fuentes supranacionales del derecho, especialmente al canon internacional de los derechos humanos. Esta situación coloca a los Estados constitucionales un equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad que demanda la incorporación del orden internacional en el orden local, en un proceso que los dirige progresivamente hacia el cumplimiento y

---

<sup>36</sup> Ayala Corao, Carlos M. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias.** Pág. 45.



tutela efectiva de los derechos humanos a través de un reforzamiento subsidiario para su protección al margen de un contexto de cooperación internacional acordado soberanamente por los Estados.

De cualquier forma, es cuestionable si los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden ser interpretados *contra constitutione*, es decir, si pueden ser interpretados en forma derogatoria de la Constitución, pues esto daría por tierra, todo el fundamento de la soberanía nacional que está consagrado en las Constituciones contemporáneas.

Como puede apreciarse, los argumentos del neoconstitucionalismo en relación con la pretendida relativización de los principios de soberanía y supremacía constitucional son bastante débiles, sobre todo si se considera que el fundamento principal de los sistemas internacionales de derechos, es precisamente el reconocimiento y el respeto a la soberanía de los Estados miembros de la comunidad internacional; sin embargo, es en el ámbito de los sistemas de protección de los derechos fundamentales, que se discutirá más adelante, donde estos argumentos desempeñan una función de mayor peso.

## CAPÍTULO II



### 2. La propuesta del *ius commune constitutionale*

En el presente capítulo se expone la tesis de la posibilidad de una Constitución internacional, es decir, de un *ius commune constitutionale*, y los principales argumentos que esgrimen los defensores de tal tesis que, constituye una de las características del neoconstitucionalismo.

#### 2.1. El argumento de la globalización

Latinoamérica ha entrado recientemente en el escenario de la globalización y quizá a nivel mundial. Muestra de ello es la *transición* que se está realizando en los sistemas democráticos de los Estados que la integran, así como los múltiples tratados de libre comercio que han suscrito entre sí y con otros Estados europeos por ejemplo; y ya se han producido algunas inesperadas consecuencias de carácter jurídico-constitucional.

Frente a este trasfondo, “podría ser conveniente plantear cuestiones fundamentales en la teoría constitucional, que actualmente se discuten en Europa, esto se puede lograr con un diálogo cooperativo en el que Latinoamérica y Europa puedan aprender mutuamente”.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Haberle, Peter; Kotzur, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.** Pág. 3.



Los cultivadores de la teoría de un *ius constitutionale commune*, pregonan que la idea del Estado constitucional es actualmente un proyecto universal, a pesar de la diversidad tipológica de los países y de las diferencias entre sus culturas nacionales. Por un lado, con los modestos medios del constitucionalista es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización; por el otro lado, con vistas al Mercosur y a otras asociaciones económicas igualmente estrechas, se vuelve urgente buscar el sistema de coordenadas que fuera útil desde el lado de la teoría constitucional.

En ese sentido, se plantea la cuestión que se discute en Europa como *derecho constitucional común europeo*. “Dicho en otras palabras, y no obstante la tensión que pueda haber, por un lado, entre el ámbito angloamericano conformado por los Estados Unidos y Canadá, y el ámbito latinoamericano por el otro, ¿existen ya los contornos tangibles de un derecho constitucional común americano?; ¿es posible establecer ya prudentes analogías con un derecho constitucional común europeo ya reconocible y, adelantándonos al futuro, con un hipotético derecho constitucional común asiático?”<sup>38</sup>

## **2.2. La justificación de un proyecto de *ius commune constitutionale* ante la globalización**

Manuel García Pelayo inserta el concepto racional-normativo de Constitución entre las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XIX, de acuerdo

---

<sup>38</sup> **Ibid.** Pág. 4.



con él, la Constitución se concibe: “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia, se trata de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con el que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político. Esto representa, a su vez, la aplicación al campo jurídico-político de las formas intelectuales de la Ilustración, a saber: la creencia en la identidad sustancial de los diversos casos concretos y diversas situaciones, y, por consiguiente, en su posibilidad de reducción a un mismo módulo y en la capacidad de la razón humana para descubrir dicho módulo”.<sup>39</sup>

En la propuesta de una Constitución común, tal concepto cobra sentido en relación con otros que, por su parte, encarnan las otras grandes corrientes del siglo: el concepto histórico tradicional de Constitución y el sociológico. Pero el propio García Pelayo constata de inmediato que, en el desarrollo ulterior, “de los tres conceptos típicos de Constitución expuestos en el capítulo anterior, solo el racional normativo ha

---

<sup>39</sup> García Pelayo, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Pág. 34.



tenido importancia decisiva para la formación de la ciencia del Derecho constitucional”.<sup>40</sup>

Esto, por supuesto, fue resultado de la imposición efectiva de las fuerzas sociales y políticas que los sustentaban y de su hegemonía cultural; “en términos que, de un lado, permitieron integrar en el concepto racional-normativo los nuevos elementos históricos (la idea de nación, la soberanía compartida) y sociológicos (el sufragio censitario, la propiedad como derecho absoluto) ahora indiscutiblemente dominantes”<sup>41</sup> y que de otro llevaron, con paradoja solo aparente, a formalizar tal concepto, pues “toda evidencia en el contenido conduce, en principio, a un resaltamiento de la forma”.<sup>42</sup>

Ahora bien: “tal armonía era solo aparente, y por eso también fue efímero el consenso en torno a la idea de Constitución así perfilada”.<sup>43</sup> Para analizar la época, la perspectiva de la crisis y el conflicto resulta más fructífera y, en cualquier caso, más ajustada a la realidad que las de integración y el progreso lineal.

De la explosión que supuso la Segunda Guerra Mundial, “surge finalmente en el occidente el nuevo Estado constitucional, el Estado social y democrático de derecho, cuyo elemento determinante es el postulado del Estado social”.<sup>44</sup> El Estado social es fruto de un pacto que regeneró, sobre bases nuevas y en beneficio de la fuerza

---

<sup>40</sup> **Ibid.** Pág. 55.

<sup>41</sup> **Ibid.** Pág. 64.

<sup>42</sup> **Ibid.** Pág. 55.

<sup>43</sup> De Cabo, Carlos. **Teoría histórica del estado y del derecho constitucional.** Pág. 283.

<sup>44</sup> De Cabo, Carlos. **La crisis del estado social.** Pág. 17.



normativa de la Constitución, la aludida “congruencia entre los momentos histórico, sociológico y racional del concepto de Constitución”.<sup>45</sup>

Sin embargo, “también el Estado social tiene un sentido ambiguo y de modo evidente en los últimos años, como por lo demás ya había ocurrido en el pasado, configurándose la Constitución como la garantía de la existencia de lo contradictorio”.<sup>46</sup>

Aquel orden, aquel equilibrio de factores heterogéneos, si no opuestos, se ha ido quebrando. Algunos de sus efectos sobre el derecho público son:

- a) La fuga del principio democrático, mediante el descoyuntamiento de los equilibrios políticos y la enervación de los procesos representativos, hacia la toma autoritaria de decisiones en sede intergubernamental o jurisdiccional, cuando no desde el ámbito privado.
- b) La fuga del Estado de derecho, caracterizado por la firmeza del derecho público, hacia la flexibilización jurídico privada de procesos y relaciones, con la consiguiente alteración de la relaciones entre derecho público y privado.
- c) La fuga del postulado del Estado social hacia la atribución a la persona individual de la responsabilidad sobre su bienestar, con olvido de la dificultad estructural de la sociedad para brindar justicia a quienes ni siquiera están en condiciones de ofrecer como contraprestación el orden público, toda vez que este si puede ser autónoma y represivamente impuesto por los poseyentes.

---

<sup>45</sup> López Pina, Antonio; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. **Elementos de derecho público**. Pág. 15.

<sup>46</sup> De Cabo, Carlos. **Teoría histórica**. Pág. 273.



- d) La fuga del Estado hacia nuevos ámbitos territoriales de relaciones políticas, en los que tratados de cuestionable legitimidad constitucional permiten fijar las nuevas relaciones de poder.
- e) En definitiva, el desvanecimiento de la fuerza normativa de una Constitución asentada sobre tan huidizas bases, así como la creciente insuficiencia de la ley (estatal, parlamentaria, imperativa) para ordenar la realidad.

Frente a ello pretende reaccionar, en un primer momento, “el llamado constitucionalismo fuerte o garantista, que revaloriza el derecho, y específicamente el derecho constitucional del estado social, frente al curso errático de las relaciones de poder”.<sup>47</sup>

Mas lo cierto es que las garantías constitucionales difícilmente pueden servir como sucedáneo de sus supuestos políticos: “La constitución del Estado social no puede ser interpretada al margen de los procesos políticos y sociales en los que arraiga su fuerza normativa”.<sup>48</sup> “Y ello obliga a constatar que, desde el punto de vista del modelo del Estado, quizá deba hablarse hoy no ya de la crisis, sino del fin del Estado social”.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Hesse, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Pág. 14.

<sup>48</sup> Ferrajoli, Luigi. **Derechos y garantías. la ley del más débil**. Pág. 27.

<sup>49</sup> García Herrera, Miguel Ángel. **El fin del estado social**. Pág. 119.



### 2.3. La perspectiva de una constitución común o supranacional

Sin embargo, quizá la perspectiva idónea para analizar la nueva fase se la proporcionada por “la tendencial superación del propio Estado como marco de referencia en el ámbito de la globalización”.<sup>50</sup> Por un lado la creciente internacionalización de las relaciones económicas desliga al capital de las ataduras del poder político, y los Estados se quedan sin instrumentos eficaces para detraer de la economía privada recursos que le permitan garantizar la procura de los derechos sociales. Por otro lado, la participación del Estado en los proceso globalizadores a través de la llamada *estatalidad abierta*, no oculta que estos quedan lejos de controlar autónomamente las decisiones.

Las competencias está difuminadas en una red global de actores públicos y privados de todo género, en contraste con la clásica relación entre estado social y democrático de derecho y economía, no hay en la actualidad un poder político capaz de contrapesar el desorden económico internacional. Heller, en su libro sobre la soberanía, cuyo carácter histórico subraya con reiteración, manifiesta: “es poco probable, si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del Estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales”.<sup>51</sup>

El Estado, “una forma política de textura indudablemente histórica, ciertamente no se desvanece, pero sí al menos, se contextualiza, y del mismo modo se relativiza, aunque no desaparezca, el papel que desempeñan las Constituciones estatales

---

<sup>50</sup> Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. **Globalización, estado y derecho constitucional**. Pág. 15.

<sup>51</sup> Heller, Hemann. **La soberanía**. Pág. 122.



pretendidamente omnicomprensivas”.<sup>52</sup> La historia en efecto, muestra que la Constitución normativa de los Estados democráticos, con su pretensión de legitimar, ordenar y limitar un poder soberano unitario e impermeable a través de un código normativo tendencialmente autosuficiente, es un fenómeno relativamente reciente; y, por lo que parece, pasajero.

En primer lugar, la Constitución nacional pierde su capacidad efectiva para imponer límites materiales al ejercicio de un poder que ya no es solo estatal. Por otro lado, los acontecimientos de cada día muestran que los vínculos internacionales del poder no son solo irritaciones procedentes de esferas diferentes a las del derecho, sino que cobran la forma jurídica.

A su vez, las organizaciones supra e internacionales que ejercen poder político institucionalizado, en forma más o menos similar a los Estados, también se encuentran sometidas a vinculaciones jurídicas, que podrían cumplir, al menos de forma fragmentaria, funciones similares a las de un ordenamiento constitucional.

Ello es percibido por alguna doctrina internacionalista, que postula un análisis del derecho internacional que tenga en cuenta la tradición teórica y los métodos específicos del derecho constitucional. No cabe hablar ciertamente de una Constitución supranacional en sentido racional-normativo: la comunidad internacional no dispone de un texto equiparable al de las Constituciones estatales.

En ese sentido, Gutiérrez Gutiérrez expone: “Más quizá si puedan identificarse *procesos de constitucionalización*, una acumulación de desarrollos, asimétricos y

---

<sup>52</sup> Stolleis, Michael. **La textura histórica de las formas políticas**. Pág. 78.



asincrónicos, que se apoyan en una concreta concepción constitucionalismo, por más que, desde luego, los principios que rigen esas relaciones internacionales estén lejos de responder satisfactoriamente y en su conjunto a los postulados que determinan el Estado social y democrático de derecho”.<sup>53</sup>

“El derecho constitucional, para la comunidad internacional, que se postula como complemento del estatal, ahora solo parcial e incluso fragmentario, ofrece así, por su parte, una imagen fragmentaria y parcial. La mirada constitucional, formada en un contexto diferente, se proyecta aquí, con efectos deliberadamente distorsionadores o críticos, sobre una realidad insatisfactoria”.<sup>54</sup>

Tales factores constitucionales, que siguen precisando por tanto del complemento que ofrecen los elementos constitucionales preservados en los Estados, no se proyectan solo sobre los nuevos poderes, sino que a través de ellos repercuten de nuevo sobre el propio Estado. El resultado final es que el mundo, en la medida en que se articula jurídicamente, los hace mediante elementos constitucionales diversos de distinto alcance territorial enlazados mediante muy diferenciadas conexiones en una red de progresiva complejidad.

Las constituciones estatales solo son concebibles como nódulos de esa red, tensa y siempre inestable, de relaciones estatales, supranacionales e internacionales. En ese contexto, “reducido ya el clásico derecho constitucional del Estado nacional plenamente soberano a experiencia histórica, quizá lo sensato, sea convertir su

---

<sup>53</sup> Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. **El derecho constitucional, memoria y proyecto ante la globalización.** En: **El derecho constitucional de la globalización.** Pág. 18

<sup>54</sup> Aznar, Mariano J. **La constitucionalización de la comunidad internacional.** Pág. 15.



memoria en *proyecto*, algo más concreto e inmediato, pero también más complejo, que la esperanza, más o menos activa puesta al servicio de un eventual nuevo sujeto social histórico iluminado por la utopía emancipatoria”.<sup>55</sup>

Los modelos oscilan entre los extremos definidos por una idea de *Constitución abierta*, que otorga primacía incondicionada a los procedimientos y las interconexiones sobre los contenidos, y un *constitucionalismo cosmopolita*, que insiste en extender al conjunto de la humanidad principios materiales que se han acreditado como básicos para el funcionamiento del Estado constitucional.

Manifiestan los defensores de una Constitución internacional o de un derecho constitucional común, que en cualquier caso, un mundo cambiado impone al constitucionalista, mire en una u otra dirección, el esfuerzo de acomodar sus tradicionales perspectivas a las nuevas distancias. Para ello, dicen, hará bien en contar con quienes, por su formación histórica, mejor pueden comprender el alcance de las actuales transformaciones, y en recurrir a los que, como internacionalistas, está habituados a contemplar los horizontes hoy decisivos.

En defensa del proyecto de Constitución global, manifiestan sus cultivadores que, es preciso, en definitiva, hacer en primer lugar historia, viendo el derecho constitucional ya no como un logro que ha de ser procesado en términos dogmáticos, sino como un proceso de acumulación, transformación y diferenciación en el que deben identificarse los elementos susceptibles de ser transportados hacia el futuro; y se impone también hacer simplemente derecho, pero un derecho que sabemos cada vez

---

<sup>55</sup> Bustos Gisbert, Rafael. **La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución.** Pág. 3.

más determinado por normas internacionales y menos sujeto a los postulados de unidad, jerarquía y coherencia propios del Estado constitucional clásico.



Puede decirse que si bien los elementos del derecho internacional y de la globalización pueden incidir en el constitucionalismo contemporáneo, la idea de una *Constitución internacional* resulta remotamente posible y quizás una conjetura irrealizable, pues el derecho internacional no está sujeto al principio del imperio de la ley ni tiene como fuente la voluntad general. No obstante, es en el derecho internacional de los derechos humanos donde cabe la posibilidad de hablar de un *ius commune constitutionale*, o mejor dicho, de un sistema común de derechos fundamentales.



## CAPÍTULO III



### **3. Derecho internacional y derecho interno problemas primordiales que afectan al derecho internacional que impiden la existencia de una constitución internacional**

En este capítulo se pretende exponer y analizar los problemas primordiales que atañen al derecho internacional, que impedirían la existencia de un *ius commune constitutionale*, en el entendido de que la naturaleza jurídica de una constitución que se pretenda común, sería la de un *tratado* y no la de una verdadera Constitución.

#### **3.1. El derecho internacional como orden primitivo en la concepción de Hans Kelsen**

En la opinión de Kelsen “el Derecho internacional es, según la concepción corriente, un complejo de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados, los sujetos específicos del Derecho internacional”.<sup>56</sup>

Conforme a la definición expuesta por Kelsen del *concepto de derecho*, el llamado derecho internacional es *derecho* si constituye un orden coactivo de la conducta humana presupuesto como *soberano*; cuando enlaza ciertos hechos que él determina, como condiciones de actos coactivos por él determinados, y, por lo tanto, cuando, como el derecho de un Estado, puede ser descrito en enunciados jurídicos.

---

<sup>56</sup> Kelsen, Hans. **La teoría pura del derecho**. Pág. 157.



¿Estatuye el Derecho internacional actos coactivos como sanciones? Kelsen manifiesta que “las sanciones específicas del Derecho internacional son las represalias y la guerra”.<sup>57</sup>

Estas sanciones del derecho internacional, en la concepción kelseniana, no se diferencian por su contenido de las del derecho estatal, pero se encuentran dirigidas contra el Estado. Si bien las sanciones del derecho internacional son vistas como dirigidas contra el Estado, “falta una instancia objetiva que tenga que resolver el litigio en un procedimiento jurídicamente regulado”.<sup>58</sup>

Entre las normas del derecho internacional general que obligan y facultan a los Estados, tiene especial significación aquella que corrientemente se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*.

### 3.2. El principio “*pacta sunt servanda*”

Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor; ellos deben cumplirse *de buena fe*. Este principio afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, “se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir literalmente: *los tratados deben ser cumplidos*”.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> **Ibid.** Pág. 160.

<sup>58</sup> **Ibid.** Pág. 162.

<sup>59</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. Pág. 375.



¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los autores reconocen su existencia, así como su importancia, no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del Derecho natural, para otros, un principio general de Derecho, y para otros una regla consuetudinaria. Sin embargo, “en ningún caso debe ponerse en duda que la regla *pacta sunt servanda* tiene todas las características de una norma consuetudinaria”.<sup>60</sup> (sic)

Los precedentes que la consagran son innumerables y la creencia de que es obligatoria es universal. En realidad, es probablemente la regla consuetudinaria más antigua y la que se afirma con más frecuencia.

No obstante ello, el Estado es una persona jurídica y las normas del derecho internacional, mediante las cuales los Estados, en tanto tales, son obligados y facultados, “son normas incompletas, normas que requieren ser completadas. Determinan solo el elemento material, pero no el personal de la conducta humana que necesariamente tienen como contenido”.<sup>61</sup>

Determinan solamente aquello que debe hacerse u omitirse, pero no quién (es decir, qué ser humano individual) tiene que llevar a cabo la acción u omisión prescritas. La determinación de ese individuo es delegada por el Derecho internacional en los órganos jurídicos de cada Estado.

Según Kelsen, en lo que hace a esta responsabilidad colectiva, “se asemeja el Derecho Internacional general al Derecho de una comunidad primitiva”.<sup>62</sup> (sic) Kelsen

---

<sup>60</sup> **Ibid.** Pág. 378.

<sup>61</sup> Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Pág. 165.

<sup>62</sup> **Ibid.** Pág. 167.



manifiesta que existe una tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho internacional, orientada hacia una progresiva centralización, aparecería la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, la construcción de un Estado mundial, pero concluye que “*por el momento no cabe hablar de tal cosa*”.<sup>63</sup> (sic)

### **3.3. El nivel de eficacia de las normas del derecho internacional**

¿Por qué afirma Kelsen que el derecho internacional es un derecho incompleto y se asemeja al derecho de una comunidad primitiva? Que el derecho internacional pueda tener validez junto a los ordenamientos internos, dependerá de que sus normas puedan ser aplicadas de forma eficaz.

Esto tiene que ver con cuatro problemas fundamentales –lamentablemente inherentes al Derecho Internacional–, que desafortunadamente en buena medida hacen de las normas internacionales un derecho *incompleto*. Por lo que aquí existe un problema en buena medida, hasta hoy, insalvable. Estos cuatros problemas tienen que ver con:

- 1) La falta de una legislatura internacional.
- 2) La inexistencia de una regla básica que establezca criterios generales de validez para las normas internacionales; pero sobre todo se refiere a:

---

<sup>63</sup> **Ibid.** Pág. 175.



- 3) La ausencia de un sistema de sanciones centralmente organizado, y
- 4) A la falta de órganos especiales con jurisdicción coactiva encargados de la aplicación de las normas jurídicas internacionales.

Así, respecto al primer problema, a falta de una legislatura internacional, la cuestión que aquí se plantea está ligada a la creación de las normas jurídicas de derecho internacional. Téngase en cuenta que “las normas de derecho internacional no son directamente expresión de la *voluntad general*”.<sup>64</sup>

Elas no se determinan como en un Estado de derecho por medio del Poder Legislativo, dado que no existe una legislatura internacional, y las normas se forman sobre todo a nivel consuetudinario o por acuerdo entre los Estados miembros y los demás sujetos de derecho internacional.

Dicho con otras palabras: sus normas son promovidas por los propios sujetos del orden jurídico internacional según su nivel de influencia mundial, mas no lo son por un órgano central legislativo internacional asimilable al de un gobierno representativo. Eso significa que el derecho internacional no responde completamente al *principio del imperio de la ley*.

El segundo problema que obstaculiza la eficacia de las normas jurídicas internacionales es que el derecho internacional “no contempla específicamente un

---

<sup>64</sup> Pastor Ridruejo. **Op. Cit.** Pág. 385.



sistema de fuentes del Derecho que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas”.<sup>65</sup>

De hecho, una de las características del derecho es la de regular su propia creación, determinando el procedimiento de creación de las normas generales por una norma positiva general, que en el caso del derecho interno es la Constitución, la norma suprema del ordenamiento, que es además la norma de identificación de las demás normas de ese sistema jurídico. En el derecho internacional falta una regla básica que establezca criterios generales y ciertos de validez de las normas de este ámbito jurídico.

El tercer y cuarto problema están vinculados al hecho de que el derecho internacional “carece de un sistema de sanciones centralmente organizado, y de órganos especiales con jurisdicción coactiva encargados de la aplicación de las normas jurídicas internacionales”.<sup>66</sup>

Aquí ocurre que las normas de derecho internacional no tienen el mismo tipo de *fuerza coercitiva* que las normas de derecho estatal. La razón es que las sanciones internacionales están *descentralizadas*, de modo que para asegurar el respeto a las normas internacionales y reprimir sus violaciones, los Estados recurren principalmente al *principio de autotutela*.

De hecho, cuando se da la comisión de un delito entre dos Estados, por el Estado responsable del delito existe la obligación de cesación del mismo y de reparación del daño, pero también existe la posibilidad de recurrir a las *contramedidas*.

---

<sup>65</sup> Sorensen, Max. **Manual de derecho internacional público**. Pág. 389.

<sup>66</sup> Kelsen. **Op. Cit.** Pág. 180.



La autotutela no tiene un fin coercitivo en sí mismo, sino que su objetivo es *restablecer el orden jurídico violado y cesar o suspender los efectos del delito*.<sup>67</sup>

¿Se podrían considerar verdaderas sanciones jurídicas las que no son establecidas por un orden jurídico, sino por la voluntad particular de las partes interesadas? La respuesta definitivamente debe ser negativa. Lo que lleva a afirmar que el derecho internacional ha de ser aún hoy considerado, en mayor medida, “un Derecho de carácter declarativo, cuyo nivel de eficacia coactiva es todavía muy escaso”.<sup>68</sup>

Téngase en cuenta que la *autotutela* tiene el límite de la prohibición del uso de la fuerza y la obligación de la resolución pacífica de las controversias, previstos por el Artículo 2 de la Carta de la ONU, salvo en algunos casos como, por ejemplo, la legítima defensa. Sin embargo, mientras un tribunal interno tiene jurisdicción para investigar la licitud o ilicitud de los actos que se dicen realizados en defensa propia, ningún tribunal internacional tiene jurisdicción similar hasta hoy.

Además, la función de constatación del Derecho y la resolución de las controversias en su mayoría es de carácter *arbitral y diplomático*, y se recurre a la función jurisdiccional menos a menudo, frente a la cual ningún Estado puede ser instado sin su consentimiento previo.

Que el acto de la coacción no sea realizado por órganos especiales instituidos exclusivamente para esa realización sino por el mismo Estado susceptible de ser

---

<sup>67</sup> Pastor Ridruejo. **Op. Cit.** Pág. 397.

<sup>68</sup> Sorensen. **Op. Cit.** Pág. 398.



sancionado constituye una *deficiencia técnica* del derecho internacional, cuya consecuencia más inmediata es que no se determine con objetividad el hecho irregular.

En definitiva, de lo dicho no puede deducirse sino que la ausencia de eficacia de las normas del derecho internacional es uno de los grandes inconvenientes para la aplicación eficaz del mismo.

Del análisis del cuadro normativo internacional puede concluirse que se observan en esta materia numerosas carencias. Al examinar las características habituales del ordenamiento jurídico internacional, se puede afirmar que esas carencias se suman a algunos problemas endémicos propios del derecho internacional, “cuya existencia pone seriamente en duda su capacidad para hacer frente de forma efectiva a infracciones de gravedad, en razón de que no asegura el justo cumplimiento de la ley ni la imposición coactiva de sanciones adecuadas contra sus infracciones”.<sup>69</sup>

Todo lo que se ha dicho hasta ahora demuestra, además, que no hay una distinción clara entre la creación y la aplicación de las normas de derecho internacional, en virtud de que los sujetos que concurren a la creación de dichas normas son también los destinatarios de las mismas. Y, en este sentido, ni la determinación de la existencia de una infracción internacional ni la ejecución de las sanciones, son encargadas a una autoridad distinta de las partes interesadas.

Esta confusión entre creación y aplicación normativas en la que en gran medida está inmerso el derecho internacional constituye una alteración del *principio de separación de poderes* que debe regir en la configuración de un ordenamiento

---

<sup>69</sup> Pastor Ridruejo. **Op. Cit.** Pág. 400.



normativo legítimo y legitimado, para el que es necesario reivindicar que al menos evite la concentración de los mismos.

Razones similares a las aquí expuestas son las que llevaron a Hans Kelsen a definir al derecho internacional como “un derecho incompleto y primitivo caracterizado por la técnica de la autoayuda (o justicia por la propia mano) y por la institución de la venganza de la sangre”.<sup>70</sup>

¿Puede un derecho basado principalmente en el principio de la *autotutela* sancionar de forma eficaz las infracciones de sus normas? Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que el uso de la fuerza puede aparecer en el Derecho, como sostiene H. L. A. Hart, “sea como delito (la condición de la sanción) o como sanción (reacción de la comunidad jurídica contra el delito), y que solo el acto de la aplicación de la sanción conlleva en sí mismo una utilización de la fuerza, una coacción por parte de la comunidad jurídica”.<sup>71</sup>

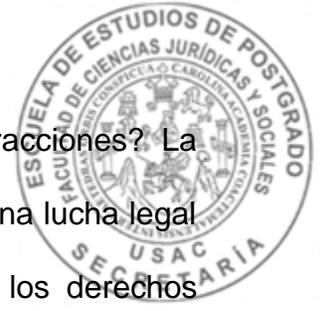
Sin embargo, hay que especificar que el monopolio de la fuerza que pertenece a un Estado de derecho está regulado por un ordenamiento jurídico en el que rige el imperio de la ley que procede de la voluntad general de la comunidad. Sin embargo, en el caso del derecho internacional, el monopolio de la fuerza no está centralizado ni tampoco está regulado por un orden jurídico con las características del sistema jurídico estatal.

¿Serán capaces los Estados de derecho en su conjunto, y en general la comunidad internacional, de superar estos problemas y dotarse de normas

---

<sup>70</sup> Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Pág. 185.

<sup>71</sup> Hart, H. L. A. **El concepto de derecho.** Pág. 251.



internacionales plenamente coactivas y ciertas con relación a sus infracciones? La realidad es que al día de hoy, no parece probable, aunque es deseable una lucha legal y eficaz de las democracias constitucionales contra las violaciones a los derechos fundamentales.

A manera de análisis puede decirse que los problemas expuestos en este capítulo, que atañen directamente al derecho internacional, impiden que pueda hablarse de una Constitución internacional, o de una Constitución común, mientras que, de lo que sí podría hablarse es de un *ius commune constitucionale* en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos; ya que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son comunes a todos los Estados miembros del tratado o convención.

## CAPÍTULO IV



### 4. Idea y concepto de convencionalidad

En el presente capítulo se analizará la idea de convencionalidad como posibilidad de un *ius commune constitutionale* entre los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y su funcionamiento en dicho Sistema, así como los principios que lo inspiran.

#### 4.1. La convencionalidad como institución jurídica

##### 4.1.1. Génesis del concepto de convencionalidad

La noción de control de convencionalidad no es exclusiva del sistema interamericano. Es un término general que alude a un control de legalidad en el ámbito supranacional, realizado con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las obligaciones internacionales con base en la consonancia entre la actuación del Estado y las prescripciones jurídicas internacionales. “La convencionalidad no es una figura de reciente creación, sino un concepto occidental que se encuentra incluido en la



subsidiariedad; sus orígenes los encontramos en el Tratado de Maastricht de 1992, a raíz de la integración europea, pero con antecedentes todavía mucho más lejanos”.<sup>72</sup>

El término de control de convencionalidad fue utilizado en Francia en 1975 por el Consejo Constitucional en la sentencia “*Interruption volontaire de grossesse*” (Interrupción voluntaria del embarazo); dicho pronunciamiento fue en el sentido de que correspondía a los jueces ordinarios la competencia para realizarlo respecto de las leyes francesas con un tratado internacional. El Artículo 55 de la Constitución francesa preveía el control de convencionalidad y establecía el principio de superioridad del tratado internacional sobre la ley nacional. “Desde entonces dicho control implicaba ya la comparación, aplicación e interpretación de las normas locales no solo de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino además con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de interpretación final del mismo”.<sup>73</sup>

En relación con el principio de subsidiariedad, la primera referencia clara a dicho principio en la legislación comunitaria aparece en el Artículo 130 R., apartado 4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Este Artículo, que estuvo vigente desde la entrada en vigor del Acta Única Europea en julio de 1978 hasta la del Tratado de la Unión Europea en noviembre de 1993, establece que: “La comunidad actuará en los asuntos del medio ambiente en la medida en los objetivos contemplados en el apartado

---

<sup>72</sup> Londoño Lázaro, María C. **El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos.** Pág. 797.

<sup>73</sup> Sagüés, Néstor P. **El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.** Pág. 402.



1 –que se refiere a la protección del medio ambiente–, puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente”.<sup>74</sup>

Volviendo al Tratado de Maastricht, además del párrafo segundo del Artículo 3B, existen otras referencias al principio de subsidiariedad. La primera de ellas se encuentra en el antepenúltimo párrafo del preámbulo: “Resueltos a continuar el proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad”.

El Artículo “A” del Tratado, en su párrafo segundo, aunque no menciona expresamente el principio de subsidiariedad, utiliza la misma fórmula del preámbulo al señalar que en la Unión Europea “las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos”.

La segunda de las disposiciones comunes del Tratado, el Artículo B, precepto fundamental que enumera cuáles son los objetivos de la Unión Europea, establece en su último párrafo: “Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el Artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad europea”.

Una última alusión directa al principio de subsidiariedad aparece en el Tratado de Maastricht en el Artículo 3, en su apartado 2, letra b, cuando se establece que, para

---

<sup>74</sup> Boixareu, Ángel. **El principio de subsidiariedad**. En: **Revista de Instituciones Europeas**. Pág. 775.



la aplicación de algunas de las disposiciones del título VI del Tratado, el Consejo podrá:  
“Adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por una acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate”.

#### **4.2. Aplicación del término**

El término *control de convencionalidad* se ha adoptado a lo largo de la historia de los sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales. El primero en crearse fue el *sistema europeo* que adoptó con convicción lo que en tal ámbito denominó: *el principio de subsidiariedad*. La madurez de este sistema en cuanto a su eficiencia se enfrenta a situaciones que retan a su habilidad de actualización y mejoramiento constante, distinción representativa de este sistema regional, esforzándose por adaptarse de manera inmediata a los retos a los que le somete el crecimiento global, etapa de madurez que solo este sistema europeo enfrenta, debido a su antigüedad.

#### **4.3. Sistema europeo**

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, puede ser considerado “como el desarrollo más avanzado en cuanto a la protección internacional



de los derechos humanos, no solo por su texto, sino también por su continuo perfeccionamiento”.<sup>75</sup>

Ya había indicios del *principio de subsidiariedad* desde el tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), vigente de 1952 a 2002. El cual, en su Artículo 5 establecía que: “La Comunidad cumplirá su misión, en las condiciones previstas en el presente Tratado, mediante intervenciones limitada. A tal fin: (...) solo ejercerá una acción directa sobre la producción y el mercado cuando las circunstancias así lo requieran”.<sup>76</sup>

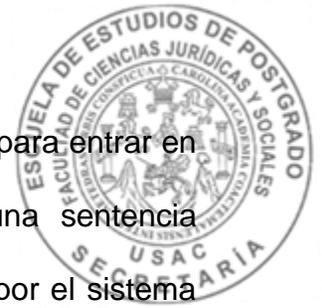
El sistema de control del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se caracteriza por dos rasgos sin precedentes en otros textos internacionales: a) su naturaleza judicial y b) el reconocimiento de actuación en defensa de sus derechos.

En cuanto a su naturaleza judicial, este rasgo es distintivo de un reducido número de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, ya que en su mayoría el único control de cumplimiento de estos mecanismos como instrumento de reacción frente a las posibles violaciones por los Estados es el del control político; es decir, la publicación de los informes en los que constan las violaciones de los compromisos asumidos por los Estados parte en el convenio en cuestión.

---

<sup>75</sup> Salinas Alcega, Sergio. **El sistema europeo de protección de derechos humanos en el siglo XXI.** Pág. 15.

<sup>76</sup> Panizza, Roberta. **El principio de subsidiariedad.** Pág. 118.



“El sistema creado por el convenio europeo sale del plano político para entrar en la garantía judicial del respeto de los derechos, culminando con una sentencia adoptada por un tribunal. Este sistema judicial del convenio es seguido por el sistema regional de protección americano en 1969, que entra en vigor hasta 1978, y el sistema regional de protección africano en 1981”.<sup>77</sup>

La desaparición del órgano no jurisdiccional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Comisión Europea de Derechos Humanos, a partir de la reforma operada por el Protocolo No. 11, “da paso a una mayor judicialización del sistema; esta evolución indica las necesidades del sistema regional europeo de transformación para el aseguramiento de su mejora continua, y que probablemente es un indicativo que deba ser observado por los otros sistemas para garantizar la eficacia de la protección internacional de los derechos humanos”.<sup>78</sup>

“En cuanto al elemento distintivo del sistema europeo, que es el reconocimiento al particular de actuación en defensa de sus derechos, esto es, el acceso del individuo a los órganos que conforman el sistema, se debe señalar que su importancia es notable debido a que el Derecho internacional clásico únicamente reconocía a los Estados la capacidad jurídica para intervenir ante las organizaciones internacionales”<sup>79</sup> es decir, “los Estados eran considerados los únicos sujetos de derecho internacional y los individuos eran solo objeto del derecho nacional, de aquí el gran mérito del

---

<sup>77</sup> Quintana García, Francisco. **Instrumentos básicos de derechos humanos**. Pág. 1233.

<sup>78</sup> Salinas Alcega, Sergio. **Op. Cit.** Pág. 18.

<sup>79</sup> Ortiz Ahlf, Loretta. **La protección internacional del individuo**. Pág. 121.



reconocimiento de actuación autónoma al particular que hace el Convenio Europeo en 1951”.<sup>80</sup>

El principio de subsidiariedad fue formalmente consagrado en el Derecho comunitario por el Tratado de Maastricht, que lo inscribió en el párrafo segundo del Artículo 5º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

También señala que el Acta Única Europea de 1987, que constituye la primera gran reforma de los tratados, introdujo el criterio de subsidiariedad en el marco del medio ambiente Artículo 130 R del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aunque no lo define de manera explícita. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estableció, en su sentencia del 21 de febrero de 1995, Rec. 11-289, apartado 331, que la subsidiariedad no era un principio legislativo general que pudiera invocarse al comprobar la legalidad de una acción comunitaria antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea.

Salinas señala respecto al Convenio Europeo que “la acción directa en el plano del sistema es importante para asegurar su pervivencia, pero no suficiente; dice que, para lograr este objetivo, la acción en el plano nacional se revela como un componente esencial”.<sup>81</sup>

“La eficiencia de esta acción nacional de cada uno de los Estados partes del convenio se traduce en una reducción del número de demandas presentadas al Tribunal y, por ende, se asegura la eficacia del sistema”.<sup>82</sup> Esta acción interna,

---

<sup>80</sup> Pérez León, Juan Pablo. **El individuo como sujeto del derecho internacional**. Pág. 123.

<sup>81</sup> Salinas Alcega, Sergio. **Op. Cit.** Pág. 20.

<sup>82</sup> **Ibid.** Pág. 231.



además, “debe incidir en la comprensión de la naturaleza y función del sistema europeo, para cambiar la visión que se tiene de este como una cuarta instancia tras agotar las posibilidades en el plano interno. No debe olvidarse que no es un tribunal ni de apelación ni de casación”<sup>83</sup> para dar lugar a la aceptación obligatoria de la naturaleza subsidiaria del sistema de protección, esto es, el *principio de subsidiariedad*.

La naturaleza de este principio no es exclusiva del sistema europeo sino que es un rasgo general en cualquier mecanismo internacional de protección de los derechos humanos, aunque puede localizarse denominado posteriormente de otras maneras llámese “control de convencionalidad”<sup>84</sup> *control de cumplimiento* o “sistema de autocontrol”.<sup>85</sup>

#### 4.4. Sistema interamericano

El *control de convencionalidad* en el sistema interamericano no es ninguna novedad. Su origen, tal vez no con ese nombre, pero sí en cuanto a su objeto y fines, fue utilizado previamente en otras latitudes. En el sistema interamericano, dicha institución se encuentra prevista en el Artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dice: “3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan

---

<sup>83</sup> **Ibid.** Pág. 232.

<sup>84</sup> Castilla Juárez, Karlos. **El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco.** Pág. 596.

<sup>85</sup> Becerra Ramírez, Manuel. **Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano.** Pág. 76.



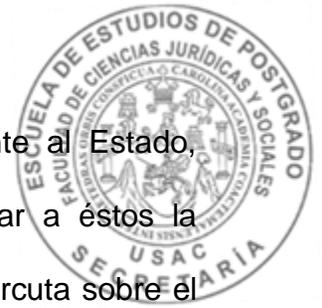
reconocido o reconozcan dicha competencia”. Esto es, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la encargada de revisar que los Estados que han reconocido su competencia ajusten su hacer o no hacer a las disposiciones de la Convención Americana, tratando de asegurar y hacer efectiva así, la aplicación eficaz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### **4.4.1. Origen y evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana**

El desarrollo del término de *control de convencionalidad* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos marca diferentes etapas en su concepción, su interpretación y en su aceptación. Cronológicamente puede hacerse una relación sucinta de la siguiente manera:

- Noviembre 25, 2003: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala

Por primera vez se utiliza el término de *control de convencionalidad*; de hecho, el entonces juez Sergio García Ramírez a través de su voto concurrente reconoce la exclusividad del control de convencionalidad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que



señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo 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”.<sup>86</sup>

- Septiembre 07, 2004: Caso Tibi vs. Ecuador<sup>87</sup>

Por segunda vez se utiliza el término *control de convencionalidad*, confirman la exclusividad de la corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se compara la labor del órgano jurisdiccional interamericano con la labor de un tribunal constitucional en el control de constitucionalidad.

- Febrero 01, 2006: Caso López Álvarez vs. Honduras<sup>88</sup>

Donde se reitera la competencia y autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual en ese mismo sentido manifestó en su voto razonado el entonces juez Sergio García Ramírez, en el que reitera que la Corte es quien verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención

---

<sup>86</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.** Párrafo 27.

<sup>87</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.**

<sup>88</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia de uno de febrero de 2006.**



Americana de Derechos Humanos, es decir, la práctica del control de convencionalidad.

- Septiembre 26, 2006: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile<sup>89</sup>

Es la primera vez que de forma clara y por mayoría, la Corte Interamericana de Derechos Humanos introduce el término *control de convencionalidad*. La *convencionalidad* para hacer énfasis en la obligatoriedad de los poderes judiciales de aplicar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para asegurar la eficacia de su objeto y fin.

- Noviembre 24, 2006: Caso Trabajadores cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros– vs. Perú<sup>90</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que los órganos del poder judicial nacional deben ejercer un control de constitucionalidad y también de *convencionalidad*. La particularidad de esta posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es cuando *ordena y faculta a todos* los jueces que desarrollen el *control de convencionalidad*.

---

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.**

<sup>90</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.**



Respecto de esta disposición en particular, existen muchos cuestionamientos que surgen al tratar de aplicarla dentro del esquema del control centralizado de los Estados estructurados en este sistema.

- Noviembre 29, 2006: Caso La Cantuta vs. Perú<sup>91</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene el mismo criterio de la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros– vs. Perú.

- Noviembre 20, 2007: Caso Boyce y otros vs. Barbados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos retoma la idea del *control de convencionalidad*, haciendo referencia, en su párrafo 78, a los antecedentes que se habían creado en la Sentencia de *Almonacid Arellano y otros*: “78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones (...).”<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.**

<sup>92</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Boyce y Otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Párrafo 78.**



- Agosto 12, 2008: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese mismo sentido, refiere nuevamente en su párrafo 180, que cada juzgador debe buscar que se garantice el efecto útil de los instrumentos internacionales.

“180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observación de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado 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”.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Eliodoro Portugal vs Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Párrafo 180.**



- Noviembre 23, 2009: Caso Radilla pacheco vs. México<sup>94</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera la obligación, en este caso del Poder Judicial del Estado mexicano, de ejercer el *control de convencionalidad*. Es decir, no únicamente la Corte Interamericana de Derechos humanos, sino dicho control también lo deberán ejercer los jueces del Estado mexicano. (sic)

#### 4.5. Convenios internacionales y constitución

El derecho en su aspecto más dinámico, ha sido concebido bajo el enfoque de la argumentación, desde la filosofía del derecho; y como paradigma de la Constitución normativa, en tanto proyección de la justicia constitucional en las decisiones de los tribunales, al atender de manera directa a sus contenidos materiales: los derechos fundamentales.

Ante dichos cambios, la interpretación de las normas relativas a los derechos, encierran un contenido moral que es necesario concretar a las realidades culturales, así como al modelo de justicia constitucional que cada país adopta: los principios jurídicos y su reconocimiento por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Los juzgadores, legisladores y operadores jurídicos en general, así como los abogados y cualquier persona que se pregunte como debe ser el derecho en ellos

---

<sup>94</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Sentenciade fecha 23 de noviembre de 2009.**



Estados contemporáneos, se enfrentan a la difícil tarea de buscar las soluciones adecuadas a los casos difíciles. “El sistema de derecho de muchos países latinoamericanos, no ha logrado encontrar una respuesta plausible a la luz del *espíritu del legislador* que solucione un problema jurídico, lo que hace impostergable la participación de la comunidad científica para tratar de vislumbrar el paradigma del Estado constitucional de derecho y su apertura hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos y su práctica jurisprudencial; tanto por los tribunales constitucionales, como por las cortes internacionales de derechos humanos”.<sup>95</sup>

“Bajo la convergencia de las diversas disciplinas jurídicas y a la luz de la rehabilitación de la razón práctica que pregona la filosofía del derecho contemporánea, se desarrolla el antipositivismo, como una tendencia consistente y aceptable tanto de la metodología y teoría del derecho compatible con el Estado constitucional de derecho, y cuya tipología específica encuentra cause en el neoconstitucionalismo; entendida como una doctrina que pugna por la materialización del ordenamiento jurídico, cargado de principios y valores contenidos en la Constitución bajo la forma de derechos fundamentales, hace que se unan en un mismo objeto de estudio *filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas* como, por ejemplo, Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos S. Nino y por *constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho*, como Zagrebelsky”.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Flores Saldaña, Antonio. **El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos**. Pág. 49.

<sup>96</sup> García Figueroa, Alfonso. **Constitucionalismo y positivismo**. En: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Pág. 75.



“En la ciencia del derecho, ocurrió un cambio imprescindible en la forma de decir lo que es y lo que debe ser el derecho tras la Segunda Guerra Mundial; a partir de entonces quedó evidenciado en el panorama mundial de la teoría y filosofía del derecho, que el contenido normativo de la Constitución condensa ciertos principios e ideales morales, que se han ido materializando en las nuevas cartas fundamentales que se han promulgado en los últimos cincuenta años”.<sup>97</sup> Desde entonces, la distinción entre ley y derecho se hizo patente, pues se podría violar el derecho aduciendo el cumplimiento de la ley.

Ejemplos de ese cambio estructural son la aparición de cartas fundamentales que contienen un catálogo muy nutrido de derechos, como las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Dichas constituciones han señalado el camino hacia un *cambio de paradigma* en el que los esquemas constitucionales de derecho que rigen la sociedad moderna, han renunciado al antiguo parámetro de la ley como última palabra, contenida en un conjunto de reglas en calidad de *verdades incuestionables*. Ahora el derecho cuestiona el contenido de la ley y su control a través de la justicia constitucional, se hace patente en el actual control de convencionalidad.

Los principios jurídicos han definido de manera muy importante al nuevo paradigma de *la Constitución como norma jurídica*, en la cual la ciencia y la filosofía del derecho han encontrado respuestas plausibles y racionales, ante el extravío e imposibilidad de dar solución a los cambios paradigmáticos; mismos que implicaron la transformación del Estado constitucional contemporáneo, a lo que en la actualidad los

---

<sup>97</sup> Perelman, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Pág. 93.



teóricos se han encargado de sistematizar gran parte de los modos de ser de esta variante:

- “a) En su aspecto *sustantivo-teórico* la doctrina constitucional contemporánea, ha definido al paradigma de la Constitución como una auténtica norma jurídica, operativa y vinculante, con el nombre de *neoconstitucionalismo*.
- b) Por otra parte, ha encontrado cauces muy influyentes en la doctrina latinoamericana, la enorme influencia de la justicia constitucional en el desarrollo *adjetivo-práctico*, el Derecho Procesal Constitucional y Convencional, se encarga de conceptualizar; sistematizar y orientar la evolución de los medios de control constitucional en el plano nacional, con la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel de la misma Constitución”.<sup>98</sup>

Por lo anterior, el neoconstitucionalismo como disciplina dogmática y filosófica del derecho constitucional contemporáneo, así como del derecho procesal constitucional en su aspecto adjetivo; se advierte que existe entre ambas ciencias, “una relación simbiótica que se ha seguido a la par de una gran evolución, la cual comprueba el nacimiento de una nueva etapa en el desarrollo de la ciencia del Derecho constitucional”.<sup>99</sup>

Es, pues, tarea de filósofos del derecho, constitucionalistas, así como de cualquier jurista interesado por formular una doctrina, que proponga las modificaciones pertinentes a los paradigmas clásicos “bajo los cuales se habían diseñado los modelos

---

<sup>98</sup> **Ibid.** Págs. 51 y 52.

<sup>99</sup> Ferrer McGregor, Eduardo. **Derecho procesal constitucional. origen científico (1928-1956)**. Pág. 56.



de justicia constitucional, para traducir *el lenguaje actual de los derechos fundamentales* según cada rama del derecho en particular”.<sup>100</sup>

En ese sentido, es en el modelo jurídico y político del Estado de derecho constitucional donde tiene lugar esta labor. Robert Alexy ha vislumbrado esos cambios paradigmáticos, a manera de contrastes entre los modelos jurídico-políticos del Estado de derecho; esa comparativa, la realiza con las propiedades opuestas del Estado legal de derecho, señalando en primer término las propiedades del Estado de derecho constitucional:

- “1) Valor en vez de norma;
- 2) Ponderación en vez de subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en vez de la independencia del derecho ordinario;
- 4) Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”.<sup>101</sup>

Rodolfo Luis Vigo, en referencia con ese cambio de paradigma, aduce que “la constitucionalización del derecho opera cuando la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, en la que se privilegia a su parte orgánica o funcional como la más importante. La Constitución pasa a ser reconocida como la

---

<sup>100</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. **El lenguaje de los derechos. ensayo para una teoría estructural de los derechos.** Pág. 109.

<sup>101</sup> Alexy, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** Pág. 160.



*fuerza de las fuentes del derecho* y, al mismo tiempo, la más importante de ellas en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza, y así a través de él, operan principios, valores o derechos humanos, encomendando a los jueces su aplicación para que garanticen que en sus respectivas sociedades se les tomen en 'serio', haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes".<sup>102</sup>

Vigo hace una síntesis esquemática de los cambios más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, notoriamente alterado respecto al escenario decimonónico:

- “1) La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo;
- 2) La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa;
- 3) Los derechos humanos se tornan operativos;
- 4) La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra;
- 5) El sistema jurídico entra en crisis;
- 6) Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológico;
- 7) La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos;
- 8) Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales; y

---

<sup>102</sup> Vigo, Rodolfo Luis. **Argumentación constitucional**. En: **Interpretación, argumentación y trabajo judicial**. Pág. 224.



9) La rehabilitación de la razón práctica”.<sup>103</sup>

Finalmente, y en ese mismo contexto, Josep Aguiló Regla, manifiesta que cuando se habla de *Estados constitucionales* se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características:

- “a) La existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal y ordinaria;
- b) El concepto político, relativas a la limitación política y la garantía de los derechos y;
- c) Debe ser una Constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada norma fundamental”.<sup>104</sup>

Los paradigmas del neoconstitucionalismo, antes descritos por algunos de los autores contemporáneos más representativos, permiten advertir de manera sistemática las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, bajo un modelo adecuado de justicia constitucional; en el Estado de derecho constitucional, el control de convencionalidad, tiene de manera consistente hacia la protección y expansión de los derechos fundamentales bajo el común denominador de la dignidad humana, aunado a la aplicabilidad y operatividad directa de la Constitución y de los tratados internacionales, como parte del mismo ordenamiento interno.

---

<sup>103</sup> **Ibid.** Pág. 224.

<sup>104</sup> Aguiló Regla, Josep. **Sobre la constitución del estado constitucional.** Pág. 450.



#### 4.6. Ordenamiento jurídico y convenciones internacionales

En un Artículo muy influyente para el neoconstitucionalismo, Riccardo Guastini expone las condicionantes con las cuales debe contar un ordenamiento jurídico *impregnado* por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico que se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, *pervasiva*, *invadente*; capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

“Las *condicionantes de constitucionalización* presuponen un cumplimiento gradual más no absoluto, pues dependiendo de cuántas y cuáles estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento jurídico, se podrá juzgar el tipo de Constitución que tiene un Estado”.<sup>105</sup> Con un guiño hermenéutico, Guastini habla de *la fenomenología normativa* que experimenta el Estado constitucional, se traduce en los paradigmas de cambio hacia la constitucionalización del derecho.

Para la hermenéutica iusfilosófica, se puede constatar constatar, además del proceso de constitucionalización al que hace referencia Guastini, la existencia de *condicionantes de convencionalización del ordenamiento jurídico*, esto en el sentido de que los Estados parte de un tratado internacional de derechos humanos deben de cumplir con una serie de medidas para adecuar el régimen jurídico interno a dichos tratados. Al igual que las condiciones de constitucionalización, el cumplimiento gradual de las *condiciones de convencionalización del sistema jurídico*, se podrá juzgar el tipo de modelo de Constitución que tiene un Estado; es decir si su Constitución se

---

<sup>105</sup> Aguiló Regla, Josep. **La constitución del Estado constitucional**. Pág. 69.



encuentra *convencionalizada*, o bien, procura restringir el efecto normativo de los tratados de derechos humanos.

Se hace una observación aquí muy llamativa, la comparación entre la fenomenología normativa que experimenta el Estado constitucional, en cuanto a la *convencionalización del ordenamiento jurídico*, a la luz de los elementos que proporciona Riccardo Guastini.

1) “*Una Constitución rígida*. La *rigidez* no se entiende aquí necesariamente como la imposibilidad de reforma constitucional (sea total o parcial), sino que es suficiente con que exista algún procedimiento agravado de reforma; esto es, que la Constitución se halle *protegida* frente a la legislación ordinaria”.<sup>106</sup>

El control de convencionalidad presupone que el Estado parte de un tratado internacional de derechos humanos, se encuentra obligado a protegerlos (*pacta sunt servanda*) desde el momento en el que celebra dicho tratado, sin que pueda alegar la existencia de una disposición de carácter interno que anule su efecto vinculante. La *rigidez convencional* en este sentido, “estriba en el orden jurídico interno; y su vinculación se encuentra en el mismo bloque de constitucionalidad-convencionalidad, así como en el control que los tribunales hacen del mismo, ante una violación a dicho bloque”.<sup>107</sup>

Existe la posibilidad de que un Estado parte pueda apartarse de un tratado de derechos humanos, denunciándolo ante el organismo internacional correspondiente; en

---

<sup>106</sup> Guastini, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico**. En: **Neoconstitucionalismo**. Pág. 50.

<sup>107</sup> Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 57.



cuyo caso, anula su *rigidez convencional*. En el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos, Trinidad y Tobago y Venezuela han abandonado la CADH.

2) “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Para que la Constitución tenga realmente primacía sobre la legislación ordinaria debe existir un mecanismo de *protección* frente a la vulneración de los preceptos constitucionales. Por eso se requiere el establecimiento de medio de control de la constitucionalidad, que puede adoptar distintas formas a través de los Tribunales Constitucionales”.<sup>108</sup>

El control de convencionalidad constituye una *garantía de la convención*, tanto desde su aspecto difuso de los Estados parte a través de los jueces nacionales principalmente, como desde el aspecto concentrado de la Corte IDH. En ese sentido, la garantía jurisdiccional de la Convención viene del mismo control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad; solo que en este caso, lo que se busca es que la CADH prevalezca sobre aquellas disposiciones que la contravengan y a través del control de convencionalidad, se haga efectiva la adecuación de las leyes y actos del régimen interior; para que sean compatibles con los tratados de derechos humanos.

3) “*La fuerza vinculante de la Constitución*. Con esta condición se requiere mostrar que en la cultura jurídica de que se trate, la Constitución no ha de versar como una simple proclama política o declaración programática, sino como una fuente de

---

<sup>108</sup> Guastini, Riccardo. **Op. Cit.** Pág. 52.



normas jurídicas vinculantes y superiores al resto de las normas del ordenamiento”.<sup>109</sup>

Al igual que la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, no son proclamas políticas, ni declaraciones a futuro, ni buenas intenciones de los gobiernos y autoridades de los Estados nacionales. Las normas de derechos humanos, son normas jurídicas vinculantes, operativas y supremas, en el marco de protección de los derechos fundamentales, tanto en la jurisdicción nacional, como ante las Cortes Internacionales de derechos humanos; de tal suerte que condicionan la actuación de todas las autoridades en adecuación a las disposiciones convencionales.

4) “*La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución.* Toda Constitución, por extensa que sea no puede regular la totalidad de la vida social y política. Con esta condición se hace referencia a la tendencia en la cultura jurídica de *extender* la Constitución más allá de los límites de su texto estricto y proyectar su sentido interpretativo hacia las problemáticas que se le presentan a los Tribunales Constitucionales”.<sup>110</sup>

En ese aspecto, como en ningún otro, se ve la necesidad de que las normas de derecho humano, tengan un efecto vinculante y operativo a través a su interpretación. Sin embargo, “las normas de derechos humanos, se encuentran vinculadas con bienes humanos susceptibles de actualización y evolución en función de las necesidades básicas del hombre, tal es la necesidad de que en la interpretación de las normas de

---

<sup>109</sup> **Ibid.** Pág. 53.

<sup>110</sup> **Ibid.** Pág. 54.



derechos humanos, sean actualizadas, de tal manera que se logre *extender* su efecto vinculante a otras realidades, más allá de los límites de su texto estricto”.<sup>111</sup>

La sobreinterpretación convencional reclama en el Estado de derecho contemporáneo, a una *Constitución intencional*; el sentido proyectante de los contenidos normativos de los derechos humanos, trasciende en el tiempo y el espacio, para cuestionar al *derecho neutral*. “Los bienes humanos no son neutrales, exigen protección actual y efectiva a las nuevas necesidades de la humanidad y en ese sentido, la interpretación actualiza su contenido normativo dentro de las posibilidades hermenéuticas de las normas de derechos humanos: bien para adecuar su contenido a una *interpretación conforme* a la Constitución y a los tratados de derechos humanos; o bien para encontrar dentro de las posibles interpretaciones, aquella que beneficie en mayor medida al titular del derecho en atención del principio *pro persona*”.<sup>112</sup> (sic)

5) “*La aplicación directa de las normas constitucionales*. Además de considerar que los preceptos constitucionales son verdaderas normas jurídicas, vinculantes para el legislador, que no pueden ser contravenidas y que cuentan con mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes; la función de la Constitución, también pretende *moldear* las relaciones sociales, para producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia”.<sup>113</sup>

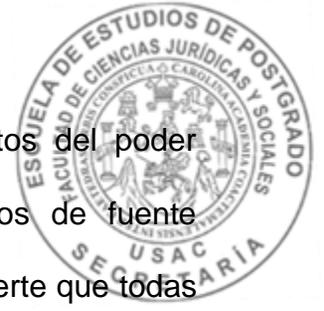
Los tratados de derechos humanos son normas jurídicas vinculantes, indisponibles para el legislador constitucional y ordinario de los Estados, pudiendo

---

<sup>111</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio. **Op. Cit.** Pág. 203.

<sup>112</sup> Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 59.

<sup>113</sup> Guastini, Riccardo. **Op. Cit.** Pág. 55.



accionar el mecanismo del control de la convencionalidad de los actos del poder público; en ese mismo sentido, la cultura de los derechos humanos de fuente internacional también pretende *moldear* las relaciones sociales, de tal suerte que todas las autoridades y los particulares puedan invocar en tribunales, sin mayores requisitos, la violación directa a una disposición contenida en un tratado internacional.

6) “*La interpretación conforme de las leyes*. Otro signo claro de la constitucionalización de un ordenamiento consiste en que una determinada disposición legislativa es susceptible de diversas interpretaciones, pero solo alguna es compatible con la Constitución, se debe optar por aquella *interpretación conforme* al texto constitucional”.<sup>114</sup>

Como ya se ha referido con la sobreinterpretación de la Convención, en este aspecto, la *interpretación conforme a los tratados de derechos humanos*, establece que dentro de las posibles interpretaciones de las normas que dicta un Estado nacional, se debe preferir aquella que sea compatible con la Convención.

7) “*La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Con esta condición, se hace referencia a una serie de factores que tienen en común la utilización de la Constitución como *armas políticas*; argumentos para la toma o justificación de decisiones políticas, o bien para la resolución de controversias de naturaleza más política que jurídica”.<sup>115</sup>

En la actualidad cualquier acto de autoridad que vulnera los derechos humanos, tales como derechos de los pueblos indígenas, equidad de género, medidas para la no

---

<sup>114</sup> **Ibid.** Pág. 57.

<sup>115</sup> **Ibid.** Pág. 58.



discriminación, etc., y cualquier otra política pública que implemente el gobierno, ya no está exenta de su recriminación social y política en caso de que sea vulnerada; en ocasiones la presión política y social en los medios de comunicación y redes sociales con motivo de una violación a los derechos humanos, es mayor; que los mecanismos de protección jurisdiccionales.

Esas realidades indisponibles que son los derechos humanos ya no solo se protegen a la luz de la Constitución, sino que la globalización del derecho exige que el Estado de Derecho Constitucional se dirija hacia un derecho convencionalizado; normas constitucionales y normas internacionales, tienen un mismo objeto normativo en el sistema jurídico complejo en el derecho contemporáneo: la protección de los derechos humanos con independencia de la fuente nacional o internacional de la norma que lo contempla.

Todos estos fenómenos que expresan los neoconstitucionalistas antes mencionados, son producto de las consecuencias del proceso de *rematerialización* o *sustancialización* del derecho que ha supuesto la incorporación a las modernas constituciones de numerosos principios de una *ética hermenéutica*, y que se traducen en realidad indisponibles para el poder público en los derechos humanos.

Esto significa que el derecho habría asumido como propia la moral crítica, lo que viene a terminar con el postulado positivista de la separación de derecho y moral, para quedar en los derechos humanos principios de valor positivizados. En ese sentido, Habermas advierte la naturaleza de la argumentación constitucional de los jueces, en la cual *“la moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del*



*derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas. Emigran al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo”.*<sup>116</sup>

Bajo ese cariz se plantea una visión renovada de los derechos fundamentales en general, la Constitución se aplica de manera directa sin la necesidad de desarrollo legislativo; entendiéndose por ello, la necesidad de que las normas constitucionales bajen al nivel de las normas ordinarias para tener la eficacia jurídica que le corresponde. “El cambio de paradigma implica que los derechos fundamentales ya no sean concebidos como garantías programáticas, cuya implementación no puede ser inmediata, con lo cual se estaría postergando el cumplimiento de las normas constitucionales a un segundo momento: la concreción legislativa”.<sup>117</sup>

#### **4.7. La tipología del control convencional: concentrado y difuso**

Atentos a lo indicado en el apartado anterior, es claro que el control de convencionalidad es una herramienta hermenéutica que se encuentra en construcción, la cual sigue un proceso homogéneo a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y su diálogo jurisprudencial con las Cortes Constitucionales nacionales, que le dan sus impulsos consistentes, o bien, en el peor de los casos detienen su implementación óptima y eficaz.

Sin embargo, no hay que olvidar que *el control de convencionalidad también busca el respeto de la supremacía de la Constitución*, en tanto que la misma norma

---

<sup>116</sup> Habermas, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?* En: **Escritos sobre moralidad y eticidad**. Pág. 168.

<sup>117</sup> García de Enterría, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Pág. 69.



fundamental establece la obligatoriedad de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, que ya forman parte del ordenamiento jurídico interno.

“En el sistema americano al constatarse dichas violaciones por la Corte IDH, se confirma la implementación del *control concentrado y originario de convencionalidad*, mediante un *examen de confrontación normativa entre el derecho interno con el tratado internacional en un caso concreto*, para lo cual, y de ser procedente, dicte una sentencia que condene al Estado responsable; dando lugar a la obligación del Estado condenado a que derogue la norma interna, o bien expida una norma o acto que proteja los derechos vulnerados”.<sup>118</sup>

En la jurisdicción interna, los jueces tienen el deber de llevar a cabo dicho control de convencionalidad de un caso particular, que irá aplicando la norma interna y a la vez aplicando la CADH para proteger los derechos humanos. El *control difuso* se acciona, cada vez que aplica la citada Convención; esto es, una comparativa entre la CADH y las normas internas que vulneran el marco internacional en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad necesariamente presupone un parámetro de regularidad. Ese parámetro se traduce en el *bloque de constitucionalidad-convencionalidad* en el ordenamiento jurídico supremo de un Estado, que procura el respeto y protección de los derechos de la persona humana, a través de la confrontación normativa entre Constitución y tratados internacionales, para advertir la norma que mejor protege a la persona y menos restringe los derechos humanos.

---

<sup>118</sup> Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 67.



El control de convencionalidad busca la plena realización de la persona humana, como sujeto directo susceptible de protección por parte del poder público, en el marco del derecho internacional de la protección de los derechos humanos.

Por tanto, la importancia del reconocimiento de la especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no es menor. Puesto que los demás tratados que no tienen por finalidad y proteger los derechos fundamentales de las personas y por ende su operatividad directa e interpretación, estarían en una grada inferior en cuanto a su vinculatoriedad, es decir, fuera del bloque de constitucionalidad.

La especificidad de los tratados de derechos humanos, implican la adopción de diversos mecanismos de protección desde el ordenamiento fundamental de los Estados nacionales, para la adecuada concreción de los contenidos iusfundamentales que se desprenden de dichos instrumentos; medidas que van ligadas al control de convencionalidad en dos rubros:

- 1) “*En sede nacional*. El control que los jueces nacionales deben aplicar en su aspecto ‘difuso’, en una *competencia derivada* en cuanto a su obligación de implementar medidas en el derecho interno para la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido no quiere decir que a su vez los tribunales constitucionales, no tengan un control concentrado cuando inaplican leyes o declaran inconvencionales leyes o actos del ámbito interno”.<sup>119</sup>

El aspecto *difuso* es en el sentido de que, si bien los jueces nacionales actúan como jueces interamericanos al momento de aplicar los tratados de derechos humanos

---

<sup>119</sup> **Ibid.** Pág. 69



en el ámbito interno, lo hacen desde una función derivada de la obligatoriedad del tratado; pero el último intérprete de los tratados internacionales de derechos humanos, son las cortes internacionales, con la Corte IDH.

2) “*En sede internacional.* El control que realizan las Cortes Internacionales de Derechos humanos cuando aplican el control de convencionalidad *concentrado*, lo hacen desde una *competencia originaria*. Tal es el caso de la Corte IDH, como el supremo guardián y último intérprete de la CADH; cuando aplica dicha convención, así como cuando establece jurisprudencia interpretando los contenidos normativos de los derechos humanos de dicha Convención, en las causas que se le presentan ante su jurisdicción, se ejerce de manera originaria el control de convencionalidad. A tal grado puede llegar dicho control de convencionalidad originario y concentrado, que la Corte IDH, puede declarar inconvencionales disposiciones contenidas en las mismas constituciones de los Estados nacionales”.<sup>120</sup>

La Corte IDH ejerce su facultad connatural de custodiar la obligatoriedad y fuerza coercitiva de la norma convencional, que supedita a todas las Constituciones nacionales y demás normas internas, a la norma supranacional por antonomasia, para su vinculación normativa efectiva. Sin embargo, los jueces nacionales actúan como *jueces interamericanos*, cuando aplican en el régimen interior; la CADH y los demás tratados de derecho humanos, en la función *del control difuso y ex officio de la convencionalidad de los actos y leyes en el ámbito interno*.

---

<sup>120</sup> **Ibid.** Pág. 70.



#### **4.8. La función del control de convencionalidad en las relaciones entre los sistemas nacional e internacional**

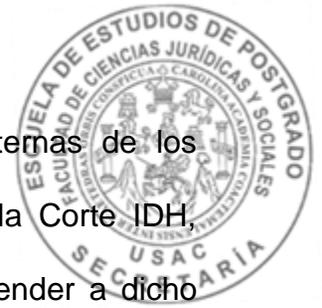
El control de convencionalidad ha experimentado desde su nacimiento diversos obstáculos que han impedido en ocasiones lograr el pleno respeto al derecho internacional de los derechos humanos por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin duda, el tema que por antonomasia ocupa el centro del debate es la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno, concretamente la Constitución y su relación con los tratados internacionales de derechos humanos, pues, derivado de los conflictos que en dichos ámbitos se originen y dependiendo de cuál de esos ámbitos tenga primacía sobre el otro, se advertirá la forma en la cual, se van a proteger los derechos humanos contemplados en las constituciones de cada Estado.

Por otra parte, cabe señalar la manera precisa en la cual se va a realizar el reconocimiento extensivo y proteccionista de los derechos humanos en los instrumentos de carácter internacional, en lo particular la CADH. Dicho cumplimiento, “deberá realizarse mediante una función del control concentrado y que de manera originaria lleva a cabo la Corte IDH a través de su interpretación convencional en cada caso que resuelve, misma que se encuentra manifestada en la jurisprudencia que emite”.<sup>121</sup>

Ahora bien, por lo que respecta a los jueces de cada Estado americano, dependiendo de la interpretación que en cada caso resuelva, tiene dos principales opciones para aplicar el control difuso de convencionalidad: a) aplicando directamente

---

<sup>121</sup> González Campos, J. **La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas**. Pág. 249.



la CADH en confrontación normativa con la Constitución y leyes internas de los estados; o bien b) si se advierte la existencia de un precedente de la Corte IDH, relacionado con la interpretación del derecho humano, es menester atender a dicho criterio.

La Corte IDH ha condensado una jurisprudencia especializada en materia de protección de los derechos humanos en control de convencionalidad, desde la cual ha logrado uniformar los criterios internos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos hacia las Cortes constitucionales nacionales.

“El problema que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, se centra en la determinación de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado”.<sup>122</sup>

1) *Conflictos internacionales entre tratados y normas internas.* En un primer caso, cuando el conflicto entre una norma de derecho internacional y otra de derecho interno se produzca dentro del ámbito internacional. Esto es, cuando se plantea ante un Tribunal Internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna.

Por ello mismo es que ningún Estado puede invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aún las de su derecho constitucional, para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional.

---

<sup>122</sup> Rey Cantor, Ernesto. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos.** Pág. 61.



“Por ejemplo, cuando la Corte IDH conoce algún caso en razón de su competencia, no aplica la Constitución Política de un Estado para resolver un caso en su contra, porque se convertiría en un Tribunal Constitucional, ejerciendo una jurisdicción constitucional, para lo cual no fue creada. En ese entendido, la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno constituye el punto de partida para la interpretación de las normas de derecho internacional de protección de los derechos humanos”.<sup>123</sup>

Por lo tanto, *en el ámbito internacional, se resuelve el conflicto con la prevalencia de la norma internacional, puesto que ningún Estado puede invocar el derecho interno para incumplir con sus obligaciones en las relaciones internacionales;* una Corte Internacional de derechos humanos no puede aplicar la Constitución del Estado nacional para resolver un caso en su contra, porque se volvería un Tribunal Constitucional, ejerciendo jurisdicción que no le corresponde.

La función de la Corte Internacional se desnaturalizaría, pues es en esencia una jurisdicción complementaria y subsidiaria de la justicia constitucional nacional. Es decir, una jurisdicción convencional de carácter concentrada y originaria para aplicar el tratado internacional de derechos humanos, con fundamento en el cual fue creado dicha Corte Internacional para su aplicación y observancia.

2) *Conflictos nacionales entre los tratados internacionales y el derecho interno.* El verdadero problema surge cuando hablamos del control de convencionalidad; los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno, deben ser resueltos por

---

<sup>123</sup> **Ibid.** Pág. 67.



el sistema jurídico de un Estado, de tal suerte que lo compatibilice con las obligaciones contraídas por los tratados internacionales de derechos humanos.

En efecto, en el ámbito interno se dan diversas soluciones que tienen relación directa con la jerarquía que ocupan los tratados en el ámbito del derecho interno, básicamente si se encuentran por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango que las leyes federales.

En el siguiente esquema se ejemplifica, en primer término, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Es decir, primero es necesario plantear; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado.



A este respecto, el control de convencionalidad se sitúa en la segunda opción, pues las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tiene aplicación práctica y operativa en el régimen interior de un Estado, en la medida en la cual la Constitución le reconoce determinado nivel jerárquico en el sistema jurídico nacional.



En ese sentido se pueden dar diversas opciones, en cuanto a la jerarquía normativa que el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra con respecto a la Constitución, la cual le confiere una determinada *clausula normativa*. Es decir, “no puede existir una Constitución en la doctrina contemporánea, que no tome una posición de jerarquía, respecto del ámbito normativo interno, en el cual tendrán aplicación operativa las normas internacionales que contienen derechos humanos; lo cual no quiere decir que la Constitución, siempre se encuentre a un nivel jerárquico superior de los tratados de derechos humanos, sino que en ocasiones se encuentran al mismo nivel, o incluso, sobre la Constitución.”<sup>124</sup>.

#### **4.9. El tratamiento jerárquico de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales en el derecho interno de los Estados**

“La complicación deviene, cuando de esa jerarquía que haya adoptado el Estado nacional, con respecto a los derechos humanos de fuente internacional, establezca restricciones, delimitaciones, requisitos, valoraciones previas, cualquier tipo de medida o *pasavante*, que a la luz del derecho interno, de la Constitución del Estado nacional o de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, impida que no sean aplicables de manera directa los tratados internacionales de derecho humanos (*self executing*)”.<sup>125</sup>

Por lo anterior, resulta fundamental advertir una serie de modelos de jerarquía normativa, para apreciar las opciones que el derecho internacional de los derechos

---

<sup>124</sup> Ayala Corao, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Pág. 43.

<sup>125</sup> Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 255.



humanos puede tener con respecto de la Constitución nacional; lo anterior, para efecto de determinar a qué nivel jerárquico se encuentran los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico de un Estado, con la finalidad de advertir el tipo de aplicación que encontrará cauce en el ámbito interno, las disposiciones internacionales de derechos humanos.

A continuación se presentan las opciones normativas que tienen los Estados para reconocer los tratados de derechos humanos en el ámbito interno.

- “a) *Valor supraconstitucional del derecho internacional.* En esta opción, la jerarquía superior a la Constitución en el que se encuentran los tratados internacionales, se acredita desde el momento que ocurre un conflicto normativo y por tanto prevalece aún respecto de la Constitución del propio Estado, los tratados internacionales en materia de los derechos humanos.
- b) *Valor constitucional del derecho internacional.* El valor de jerarquía constitucional, que tiene el derecho internacional de los derechos humanos, se aprecia desde un plano de igualdad. Es decir, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, dando lugar a lo que hemos venido señalando, forman un bloque integrado, unificado y armónico de constitucionalidad-convencionalidad.

En esta clasificación se da en México, Argentina y Colombia.

- c) *Valor legal del derecho internacional.* En esta vertiente se encuentran las constituciones, que le reconocen a los tratados, el rango de leyes federales o bien leyes ordinarias. Es decir, la jerarquía normativa de valor legal del derecho



internacional, asigna a los tratados el mismo nivel jerárquico de las leyes internas con los Estados. Los Estados Unidos de América, es el ejemplo más claro en el cual los tratados internacionales tienen rango de leyes federales.

- d) *Valor supralegal del derecho internacional.* El sistema normativo que le otorga un valor superior a los tratados internacionales, con respecto a las leyes internas de un Estado, se dice que ese derecho internacional tiene un valor *supralegal*. Es decir, el sistema jurídico en el cual, las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las normas de derecho interno. En esta clasificación se encuentra Guatemala, España, Alemania y Francia”.<sup>126</sup>

A continuación se presentan los ejemplos antes señalados, mismos que reflejan la jerarquía normativa que la Constitución les otorga a los tratados internacionales de derechos humanos.

- a) Jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en relación con la Constitución y las leyes:

1. **Supraconstitucional:** tratados por encima de la Constitución (Países Bajos).
2. **Constitucional:** tratados y Constitución del mismo nivel (México, Argentina, Colombia).
3. **Legal:** tratados al mismo rango de las leyes internas (Estados Unidos).
4. **Supralegal:** tratados superiores a las leyes internas (Alemania, Francia, España, antes México).

---

<sup>126</sup> **Ibid.** Págs. 256-257.



De las diversas opciones normativas del derecho internacional con respecto al ordenamiento jurídico interno de un Estado (Constitución y leyes internas), se advierte con claridad la necesidad de que la operatividad inmediata de los tratados humanos sea efectiva. Esa necesidad se traduce en “la posibilidad de aplicar sus disposiciones, directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, la autorización de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional; lo cual equivale a negar el carácter de normas operativas a los tratados internacionales de derechos humanos, y por ende, afirmar la necesidad llevar a cabo la homologación, por los poderes del Estado para que dichas normas internacionales puedan aplicarse”.<sup>127</sup>

Sin embargo, puede existir otro tipo de jerarquía normativa como los casos de Guatemala, España, Alemania y Francia, en el cual se traduzca un adecuado funcionamiento en el respeto y promoción de las prerrogativas fundamentales sin que la Constitución les reconozca el mismo nivel jerárquico.

Es decir, el paradigma de la Constitución debe replicarse en el ámbito del derecho interno de los Estados, como el *paradigma de la convencionalidad de los derechos humanos*, pues las normas contenidas en la Constitución pueden y deben ser aplicadas de manera directa e inmediata por el juez y por la administración gubernamental, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo o la autorización administrativa o jurisdiccional.

En ese mismo sentido, “las disposiciones internacionales de derechos humanos, deben participar de esa misma operatividad: la operatividad en el régimen interior de un

---

<sup>127</sup> Ayala Corao, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias. Op. Cit.** Pág. 30.



Estado parte de la CADH y los demás tratados relativos en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”.<sup>128</sup>

En los ordenamientos contemporáneos se advierte la tendencia creciente para otorgar a las normas fundamentales que regulan los derechos humanos ese carácter: las normas internacionales sobre derecho humanos, se transforman en disposiciones operativas o *auto-ejecutivas* con rango constitucional, incrementando así los preceptos que reconocen el carácter auto aplicativo (*self executing*), en el ámbito interno de las normas de los tratados internacionales de los derechos humanos.

El intérprete de la norma constitucional ya no solo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución interpretativa. Con lo cual se plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución, teniendo en cuenta los estándares emanados de los instrumentos internacionales, y de su jurisprudencia, en atención al principio de derecho internacional sobre *la progresividad de los derechos humanos*, que posee actualmente también rango constitucional.

---

<sup>128</sup> Cancado Trindade, Antonio A. **La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos.** Pág. 38.



#### **4.10. La interpretación de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección**

La interpretación de los tratados de derechos humanos está determinada por directivas interpretativas cuyo objeto y fin es la protección de los derechos inherentes a la persona humana; a las cuales, los Estados parte en la CADH, se han comprometido y responsabilizado, para garantizar el buen ejercicio del gobierno, de forma democrática y representativa. En ese contexto, la jurisprudencia de la Corte IDH, ha utilizado el Artículo 29 de la Convención en diversos sentidos:

- 1) Como normas de interpretación, para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención; el inciso a) para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención; el literal b) para interpretar las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno; y finalmente c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, así como la expansión de los derechos a la luz de la dignidad de la persona humana.
- 2) De igual forma el citado Artículo 29, ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de *interpretación evolutiva* de los tratados de derechos humanos, que es *consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas* en dicho Artículo. En ese mismo sentido, se ha desarrollado el principio de *aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos*



*humanos* como derivado del Artículo 29, inciso b) y la prohibición de privar a los derechos de su *contenido esencial* como derivado del Artículo 20, inciso a).

- 3) La Corte IDH ha utilizado el Artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva, para lo cual ha señalado que de conformidad con su inciso d), al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre.

En otro precedente, la Corte IDH ha señalado que no obstante que el texto de una norma sobre derechos humanos aparezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, el *sentido corriente* de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención, lo que puede propiciarse a través de la aplicación de diversos métodos de interpretación de los derechos humanos:

- “a) *Interpretación sistemática*, según la cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico a que pertenecen;
- b) *Interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional de protección;



- c) *Principio de efecto útil (effet utile)*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacía los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva;
- d) *Trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque solo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos anteriores”.<sup>129</sup>

La Corte IDH ha señalado de manera específica en cuanto al principio *pro persona*, como principio de interpretación de la norma favorable a la persona humana; en lo particular; en lo que refiere al Artículo 29, en su inciso b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; el principio de mérito, no es otra cosa más que la *directiva hermenéutica* de que la Convención debe ser interpretada, de tal suerte que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, es decir; si en un caso son aplicables dos normas distintas, *debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*.

Como se puede inferir del contenido del presente capítulo, las posibilidades de un *ius commune constitutionale* se denotan de forma más clara en este ámbito, en donde todos los Estados miembros de la Convención Americana Sobre Derechos

---

<sup>129</sup> Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Págs. 271-272.

Humanos poseen un bloque de convencionalidad común, integrado no solo por la Convención, sino por todos los tratados de derechos humanos que han suscrito y ratificado.



## CAPÍTULO V



### 5. El *ius commune constitutionale* en materia de derechos humanos

En el presente capítulo se analizará el posible funcionamiento de un constitucionalismo común en materia de derechos humanos y las posibilidades de su desarrollo, en virtud de la creciente cooperación entre Estados que ha generado tanto el intercambio comercial como las relaciones internacionales y el funcionamiento de organismos internacionales y supranacionales.

#### 5.1. Constitución y derechos humanos

Las relaciones internacionales actuales suscitan diversas preocupaciones que son motivo de reflexión en el campo del constitucionalismo. Múltiples fenómenos circundantes en la sociedad mundial han implicado efectos de gran trascendencia en distintos ámbitos, entre ellos el jurídico, especialmente en la esfera del derecho internacional y el derecho constitucional. Las interacciones entre el orden mundial, el Estado y la sociedad han evolucionado demandando nuevas formas de regulación y actuación.

Lo anterior se debe a los procesos propios de la evolución de las sociedades, que implican, a su vez, una transformación constante también en el constitucionalismo a fin de su adecuación a los cambios derivados de la globalización y por la aspiración universal de los derechos y las libertades fundamentales.



El orden constitucional surge en el contexto de una sociedad sumergida en el absolutismo y la concentración del poder, de donde nace la doctrina liberal y revolucionaria de los siglos XVII y XVIII que forjó los principios del constitucionalismo en torno a la limitación del poder y el reconocimiento de los derechos, así como en la institución del poder soberano en el pueblo; dichos principios dieron pie a la nueva organización política de las sociedades modernas. “Podría decirse que los verdaderos orígenes del constitucionalismo surgen en la sociedad medieval, cuya forma de conducción social incubó las libertades modernas, por lo que el principio liberal y el democrático son integradores históricos de la ideología del constitucionalismo”.<sup>130</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue referencia importante para la organización de las sociedades modernas. Su Artículo 16 señalaba como base fundamental para la garantía de los derechos y la limitación del poder, la existencia de una Constitución que así los instituyera y asegurara, encontrándose ahí los elementos para la configuración del constitucionalismo.

En este momento histórico, ceñido por el absolutismo y las grandes revoluciones libero-burguesas, se incubaba la teoría liberal y el pensamiento político democrático de Montesquieu y Rousseau, de donde surgen los tres principios básicos del constitucionalismo: “el principio democrático, basado en que el titular del poder constituyente es el pueblo; el principio liberal, basado en la defensa y garantía de los

---

<sup>130</sup> Vega García, Pedro de. **Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual.** En: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (compiladores). **Estado constitucional y globalización.** Pág. 117.



derechos y la separación de poderes; y finalmente, el principio de la supremacía constitucional”.<sup>131</sup>

“Estos elementos se consolidan con la formación de las nuevas sociedades surgidas en el proceso de independencia y descolonización, dando lugar a los Estados nación, basados en los principios de la soberanía nacional residente en el pueblo, el poder constituyente que define la forma de organización y la reafirmación del principio de la supremacía de la Constitución”,<sup>132</sup> principios clásicos conforme a los cuales se configura la teoría constitucional clásica y en parte el constitucionalismo moderno, “que tienen a la constitución como el documento fundamental que define la organización del poder estatal, reconoce y garantiza los derechos; y al constitucionalismo como el análisis de los fenómenos circundantes en torno a dicho documento, es decir, en torno a los principios constitucionales”.<sup>133</sup>

Ante la configuración del Estado soberano, el derecho internacional se encaminó a regular las relaciones entre los Estados al margen de la soberanía reconocida mediante la Paz de Westfalia en 1648, la cual se funda en el reconocimiento de la condición soberana de todos los Estados bajo el principio de igualdad; la inviolabilidad de las fronteras y la exclusión de actores externos dentro de las estructuras internas.

De esta manera, la igualdad soberana de los pueblos fue la base para la regulación de los acuerdos políticos tomados entre ellos; así se configuró un derecho

---

<sup>131</sup> Tejadura Tejeda, Javier. **¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización.** En: **Revista de Estudios Políticos. No. 123.** Pág. 315.

<sup>132</sup> Jiménez Asensio, Rafael. **El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional.** Pág. 48.

<sup>133</sup> Carbajal, Juan A. **TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.** Editorial Porrúa. México. 2006. Pág. 11.



internacional, cuyos efectos en los Estados tenía que ver únicamente respecto de su política exterior, mas no así en los aspectos fundamentales de su orden jurídico interno.

Se tiene entonces, que “mientras el derecho constitucional se orientó a la consolidación de las libertades individuales, el derecho internacional se encaminó a la definición de las identidades nacionales”;<sup>134</sup> sin embargo, de la relación entre estas dos disciplinas, que tienen en principio enfoques formales y sustantivos distintos, surge la transformación de las concepciones clásicas que constituyen sus principios, así como la necesidad de apertura a nuevos mecanismos de acción entre el Estado y el orden internacional al margen del reconocimiento universal de los derechos humanos y la consolidación de entes supranacionales para la observancia de su cumplimiento.

Dichas transformaciones ocurren en un marco de riesgo latente de conflictos debido a la inequitativa distribución del poder económico y político entre los Estados, la inestabilidad social y las constantes violaciones de los derechos humanos como contexto social y las constantes violaciones de los derechos humanos como contexto inicial y final de las dos guerras mundiales y origen de la necesidad mundial de encontrar nuevos caminos para la restauración y garantía de la paz, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, las libertades de las personas y la dignidad humana, fines que solo son posibles de alcanzar mediante la cooperación entre los Estados.

De ahí el surgimiento de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, constituida en 1945 como fuente de un sistema universal de

---

<sup>134</sup> Valadés, Diego. **Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX.** En: **Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 6. No. 12.** Págs. 23-58.



protección de los derechos y de obligaciones de los Estados miembros para tal efecto; tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los respectivos pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de los cuales, la voluntad soberana de su aceptación por parte de los Estados, trasciende al interior de sus órdenes constitucionales.

Este tipo de organizaciones supranacionales tiene la característica de asumir competencias de los Estados, dicha transferencia de potestades soberanas da lugar a la constitución de un órgano externo que funciona conforme al tratado que lo constituye. Así surge un proceso de integración estatal mediante la creación de organismos autónomos de derecho internacional que integran un ordenamiento jurídico supranacional que da origen a un derecho comunitario.

Paralelamente al proceso de integración cooperativa entre los Estados se encuentra el fenómeno de la globalización, que especialmente en la órbita financiera representa una concentración del poder económico en entes privados que se sobrepone al poder político estatal, debilitando así su poder soberano y reduciendo su campo de actuación respecto de problemas como la pobreza, el estancamiento del desarrollo económico y la garantía de los derechos fundamentales.

En ese panorama la globalización se convierte en eje central y factor determinante para la creación de nuevos mecanismos y formas regulatorias en el ámbito internacional que trascienden al ámbito constitucional, en lo que Ulrich Beck ha denominado “el metajuego de la política cosmopolita, donde las reglas cambian al

margen de la política mundial y las fuerzas del mercado global abren las fronteras a un pluralismo jurídico que demanda una mayor flexibilidad constitucional”.<sup>135</sup>



## 5.2. El ámbito internacional

Como se ha visto, el derecho constitucional adquiere nuevas dimensiones a partir de los cambios dados en el contexto internacional. “Por una parte, formalmente, debido a la universalización de principios y valores fundamentales en torno a la dignidad humana, los derechos humanos, la paz, la justicia y el progreso social; y por otra, materialmente, por las relaciones internacionales que han propiciado la globalización. Ambos aspectos han incidido en la creación de órganos e instrumentos supranacionales cuya obligación de cumplimiento por parte de los Estados, implica a estos efectos en el constitucionalismo local”.<sup>136</sup>

Indudablemente, la comunidad internacional ha avanzado en el desarrollo de los derechos humanos y ello se ha visto reflejado en las declaraciones, tratados, convenios y demás instrumentos sobre la materia de fuente supranacional; mismo que versan no únicamente sobre la esfera de los derechos individuales, sino que también contemplan derechos e intereses colectivos, como lo son los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>135</sup> Beck, Ulrich. **El metajuego de la política cosmopolita. Claves de razón.** En: **Revista Claves de Razón Práctica. No. 145.** Pág. 4.

<sup>136</sup> Laporta San Miguel, Francisco J. **Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas.** En: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No. 9.** Pág. 177.



En general, el cumplimiento de los derechos humanos ha generado un interés progresivo por parte de la comunidad internacional que se ha organizado para la creación de organismos de competencia internacional y regional que permanentemente están creando instrumentos para protección de los nuevos derechos que demanda la sociedad, tal es el caso de los derechos a la autodeterminación, al desarrollo sustentable, a la información y de los pueblos indígenas.

Por otra parte, “este interés de la comunidad internacional también se ha visto reflejado en la conformación de sistemas regionales y sus correspondientes organismos de vigilancia; entre ellos, instancias jurisdiccionales que cobran cada vez más espacios de acción e injerencia en el orden interno de los Estados a partir de la constitución de un derecho internacional y regional de los derechos humanos, aplicable moral, política y jurídicamente dentro de sus respectivos órdenes”.<sup>137</sup>

Asimismo, otro de los factores que han influido de manera contundente en los Estados para su incorporación a un orden internacional ha sido el proceso globalizador, que los ha debilitado frente a poderes fácticos y externos del mercado global; ello ha propiciado que el Estado busque nuevos medios de actuación para recuperar su fuerza frente a la concentración del poder en entes privados, y en consecuencia, han surgido nuevos elementos en el entorno internacional que trascienden en la esfera estatal.

Lo anterior ha implicado nuevos ejes de regulación normativa fuera del Estado, es decir, “una descentralización normativa del derecho estatal que es el eje central para una redefinición de los conceptos y principios clásicos del constitucionalismo a partir

---

<sup>137</sup> Carrillo Salcedo, Juan A. **Derechos humanos y derecho internacional**. En: **ISEGORÍA: globalización y derecho humanos. No. 22**. Pág. 69.



del cosmopolitismo”.<sup>138</sup> Esta redefinición de conceptos y principios ha suscitado un constante e intenso debate en busca de caminos con mayores aciertos para que el Estado constitucional pueda responder a un progreso social al margen de la democracia, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.

Frente a la aparición de organismos internacionales creado con el fin del cumplimiento de los derechos humanos y la realización de la democracia, parte del debate se ha centrado en el papel del Estado para el desarrollo global en esos sentidos. “Las nuevas relaciones, organismos y sistemas jurídicos comunes han incidido en la transformación no solo de los principios del constitucionalismo, sino también del propio Estado; la redefinición de los conceptos de soberanía y de ciudadanía, puesto que las personas son ahora consideradas parte de la sociedad mundial, son ejes centrales de un debate que implica temas de constitucionalismo, globalización y pluralismo jurídico”.<sup>139</sup>

Este último, discute la posibilidad de adecuación de las constituciones estatales al orden jurídico internacional, sin dejar de considerar las condiciones sociales, políticas y económicas tanto locales como globales para la implementación de mecanismos conjuntos que tengan como finalidad dar solución a los problemas que trascienden las fronteras nacionales; a partir de ello, plantea que “lo idóneo sería que, siendo las constituciones la garantía primaria de los derechos en el ámbito local, estas contuvieran los valores y principios reconocidos universalmente a través del derecho

---

<sup>138</sup> Julios Campuzano, Alfonso de. **Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita**. En: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 36**. Pág. 151.

<sup>139</sup> Ibid. Pág. 153.



internacional respecto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, la paz y la justicia”.<sup>140</sup>

De acuerdo con Vega, “La concepción del derecho internacional que refiere exclusivamente a los Estados ha evolucionado hacia la concepción de un derecho cosmopolita que contempla también a los individuos como sujetos de derechos; no por su carácter de ciudadanos en los respectivos Estados, sino como miembros de una comunidad cosmopolita forjada sobre la universalidad de los derechos humanos dado que la unión de Estados soberanos en un orden supranacional implica la autorización de sus ciudadanos como ciudadanos cosmopolitas”.<sup>141</sup>

La idea de una organización universal o cosmopolita y su posibilidad práctica se sustenta en la reflexión y análisis de los principios del Estados. “En primer término, se admite que mientras la sociedad es un producto natural, el Estado es un producto de la humanidad creado para ciertos fines y bajo principios determinados en un pacto social dentro de un contexto determinado, por lo que, las reglas establecidas en el contrato social pueden flexibilizarse para dar cabida a una renovación en sus fórmulas de operación en bien de la sociedad que lo establece”.<sup>142</sup>

Esta comprensión permite dar cabida a las condiciones para una transformación del Estado nacional, no en el sentido de su estructura como tal, sino más bien en el sentido de su conducción; es decir, en cuanto a los ajustes pertinentes y necesarios que tengan como objetivo el reforzamiento de la democracia y la efectiva realización de

---

<sup>140</sup> Nuevo, Pablo. **Pluralismo y bien común en el derecho constitucional**. En: **Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica. No. 13**. Pág. 43.

<sup>141</sup> Vega García, Pedro. **Op. Cit.** Pág. 175.

<sup>142</sup> Ferrajoli, Luigi. **Iuspositivismo crítico y democracia constitucional**. En: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 16**. Págs. 16-17.



los derechos universales, no nada más frente al poder público, sino también frente a los poderes privados tanto en la esfera estatal como internacional; para lo que “se demanda la apertura del Estado a la adopción de nuevos recursos y mecanismos internacionales a través de organizaciones internacionales comunes, incluso de un constitucionalismo global, que mediante el ejercicio adecuado de la soberanía, ayuden a recuperar el poder que se ha polarizado entre entes privados al margen del fenómeno globalizador”.<sup>143</sup>

Los procesos sociales relacionados con los fenómenos que se presentan en el orden internacional sitúan en otro contexto al Estado, la sociedad y la Constitución. “El contexto globalizador pone de manifiesto el lugar de los Estados en el orden internacional y el papel de éstos ante la urgente necesidad de crear alternativas para la adecuación de sus sistemas jurídicos.”<sup>144</sup> En ese sentido, Häberle, generaliza la adecuación del sistema jurídico al hacer referencia a que “no solo el ámbito constitucional debería ser flexible y adecuado al ámbito internacional, sino que todo el derecho del Estado debería estar acorde a un orden fundamental de libertad y democracia en consonancia con la dignidad humana”.<sup>145</sup>

Desde esta perspectiva, resulta necesaria la revisión de los conceptos y principios del Estado, la soberanía y el constitucionalismo clásico, a fin de lograr una flexibilización del orden jurídico interno para su adecuación al orden internacional. La apertura de los Estados manifestada a través de la flexibilidad en sus sistemas

---

<sup>143</sup> Vega García, Pedro. **Op. Cit.** Pág. 171.

<sup>144</sup> Jáuregui, Gurutz. **Del estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global.** En: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 36.** Pág. 127.

<sup>145</sup> Häberle, Peter. **El Estado constitucional.** Pág. 75.



jurídicos, para tal efecto, conduciría a la construcción de lo que algunos llaman una identidad constitucional mundial basada en la democracia cosmopolita y los derechos humanos universales.

### 5.3. El Estado cooperativo

El proceso de transformación mundial y la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales conducen a analizar el papel del Estado ante las transformaciones sociales que demandan nuevas vías de conducción. Buena parte de este análisis se concentra en el análisis del funcionamiento del Estado frente a la denominada globalización, identificada con frecuencia con la gran expansión de capitales que se mueven en todo el mundo y que, según manifiesta Gerardo Pisarello, “pretende dar cuenta de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo, por lo que este autor prefiere llamar a este fenómeno *mundialización*, ya que la globalización se relaciona con el libre mercado, con la intención de crear una sociedad integrada con un entramado de mercados ágiles y eficientes que contribuya al desarrollo económico mundial”.<sup>146</sup>

Señala entonces que “la globalización no es tan acorde a los objetivos que inicialmente se planteaba, ya que sus efectos han sido contrarios, no solo en lo económico, sino además en lo social, cultural y jurídico. La *mundialización*, por su parte, es una ideología que pretende explicar y orientar el desarrollo intenso y

---

<sup>146</sup> Pisarello Prados, Gerardo. **Globalización, constitucionalismo y derecho: las vías del cosmopolitismo jurídico**. En: **teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Pág. 159.



constante de la universalización de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>147</sup>

Sin embargo, no puede soslayarse que este proceso de mundialización ha puesto en entredicho la solidez del Estado nacional. “Al margen del capitalismo producido por el libre mercado, se coincide en que el crecimiento masivo de flujos financieros, que se ha concentrado en entes privados, ha roto el nexo entre el espacio político del Estado nacional y el espacio económico que ahora tienen el mercado global”.<sup>148</sup>

Esto ha propiciado la limitación de su soberanía en la determinación de sus políticas económicas, lo cual se manifiesta en la pérdida del poder verticalmente: de manera ascendente, en la transferencia de competencias a instancias supranacionales, así como la subordinación a empresas transnacionales y repercusiones en las especulaciones financieras mundiales; de manera descendente, en el riesgo de secesión y la falta de normatividad adecuada.

La limitación de la soberanía estatal en la determinación de las políticas económicas deriva de políticas ligadas a los intereses de poderes privados, que imponen las reglas del juego y a su vez, un marco regulatorio producido por legisladores fácticos; es decir, por los poderes políticos y económicos que desdeñan el orden jurídico interno e internacional en perjuicio del principio democrático y de respeto

---

<sup>147</sup> **Ibid.** Pág. 163.

<sup>148</sup> Garibaldi, José A. **El dilema de Fausto: economía, política y cambio institucional en un contexto globalizado.** En: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (compiladores). **Estado constitucional y globalización.** Pág. 95.



a los derechos humanos y acaban adaptando la ley para ponerla al servicio de los grandes intereses económicos.

Como indica Carbonell, “Estas condiciones provocan el paulatino debilitamiento del Estado nacional al ver reducidos sus espacios de actuación y competencia ante poderosas élites de intereses económicos, empresas transnacionales y uniones monetarias y políticas que ponen al Estado en una situación problemática que ya no es capaz de resolver”.<sup>149</sup>

En el mismo sentido, Vega indica que: “Estamos frente a un ensanchamiento de espacios económicos y la reducción de espacios políticos, situación que sujeta al Estado a las reglas prevalecientes de los poderes fácticos; estamos siendo testigos de un sometimiento de la política a las exigencias y dictados de la economía, esta se universaliza al mismo tiempo en que se aniquilan escandalosamente los espacios políticos”.<sup>150</sup>

Es consecuencia, se observa que aun cuando en el plano formal se ha tenido una progresiva apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos por parte de las constituciones nacionales, ello no ha sido suficiente, pues en el plano material se sobreponen intereses de poderes públicos y privados transnacionales; ante la inadecuada actividad de los mercados financieros, regiones completas sufren la pérdida de autonomía política y jurídica, así como el desgaste de sus estructuras sociales y productivas. “Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el

---

<sup>149</sup> Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (compiladores). **Estado constitucional y globalización. Op. Cit.** Pág. IX.

<sup>150</sup> Vega García, Pedro de. **Op. Cit.** Pág. 167.



Desarrollo, el Acuerdo Multilateral de Inversiones, por ejemplo, es uno de los instrumentos internacionales de fortalecimiento a las élites que afectan la capacidad de los gobiernos para regular la entrada y salida de capitales”.<sup>151</sup>

Este fenómeno de expansión de potencias, la afectación de los derechos humanos y la pérdida de poder del Estado no es nuevo. Históricamente este expansionismo ha estado presente en diferentes contextos, tal es el caso que originó las organizaciones creadas al término de las dos guerras mundiales como forma de rehabilitar la decadencia política, social y económica del Estado, no en un ámbito donde las fuerzas estatales no bastan para enfrentar los problemas internos y externos, lo cual puede ser posible solo gracias a la cooperación de los Estados, cuyos ejemplos con mayor rigor se han dado en el espacio europeo.

En efecto, la cooperación entre los Estados surge en principio con el afán de unificar fuerzas estatales bajo objetivos determinados: poner fin a la guerra y asegurar la paz y el desarrollo social. Este antecedente se encuentra en la Sociedad de Naciones creada en 1919, una sociedad común de países constituida para propiciar el desarrollo de las naciones a través de la cooperación entre ellas, y para garantizar la paz y la seguridad internacional.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, esta sociedad fue disuelta tras la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, que también tuvo presente en su preámbulo la cooperación entre los Estados. Este documento dio lugar a la Organización de las Naciones Unidas como medio para alcanzar y asegurar la paz

---

<sup>151</sup> Pisarello Prados, Gerardo. **Op. Cit.** Pág. 245.



internacional, así como el reconocimiento universal y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales como la base para el desarrollo social y el progreso económico. Al amparo de este organismo internacional es que han progresado la universalidad y el desarrollo de los derechos humanos en relación con las necesidades presentes, y se ha reconocido la cooperación entre Estados como un principio fundamental del derecho internacional.

“En el ámbito regional se tienen como amplio ejemplo de la cooperación entre los Estados las diversas organizaciones supranacionales creadas para fines comunes. La cooperación ha tendido hacia una integración derivada de un proceso de delegación de las facultades soberanas de los Estados que las conforman, y así se ha logrado integrar, por ejemplo, la Unión Europea, la cual ha consolidado una fuerte estructura regional para el desarrollo de los países miembros”.<sup>152</sup> Su antecedente se encuentra en la creación del Consejo de Europa en 1949, tras los movimientos surgidos al término de la segunda guerra mundial, buscando mediante la cooperación de los Estados, la creación de un órgano que, bajo la salvaguarda de los principios democráticos, favoreciera el progreso económico y social de los Estados europeos, reconociendo y salvaguardando los derechos de las personas.

Häberle apunta dos aspectos importantes que conducen hacia la cooperación entre los Estados, es decir, hacia Estados cooperativos: “uno de carácter social y económico, consistente en circunstancias de un contexto débil económica, política y socialmente, por lo tanto un contexto débil en el cumplimiento de los derechos básicos; y el otro, que se refiere al ideal o moral común en torno a la democracia y al respeto de

---

<sup>152</sup> Haberle, Peter. **Op. Cit.** Pág. 68.



los derechos humanos, elementos que continúan impulsando a las naciones europeas a unirse mediante la cooperación para crear un espacio político de trascendencia jurídica para su desarrollo y progreso económico, social y cultural que, en efecto, se ha logrado con el fortalecimiento de la Unión Europea y con los efectos de la globalización”.<sup>153</sup>

Así, se advierte que las condiciones sociales, económicas y políticas que enfrentan los Estados como consecuencia de la globalización hacen necesario tener presente que la cooperación entre ellos es una alternativa para restablecer los principios de democracia y respeto a los derechos humanos. En estas condiciones, dicha cooperación será el supuesto para la unificación de intereses y acciones en favor del desarrollo y respeto de los derechos y de las libertades fundamentales.

Debe decirse que los derechos humanos, al ser universales, constituyen el fundamento de la cooperación estatal por ser frente común de los Estados constitucionales. De ahí que se requiera un Estado abierto a lo internacional en función de la democracia y la consignación de garantía de la más amplia libertad y goce de los derechos del ser humano. El entorno globalizador demanda una apertura a la conciencia de la cooperación entre los Estados constitucionales en los distintos ámbitos, tal como sucede en Europa. Incluso, Häberle apunta hacia un espacio público mundial, “que solo será posible en la medida en que se tome más conciencia de la cooperación para el desarrollo económico, social y humanitario”.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> **Ibid.** Pág. 69.

<sup>154</sup> **Ibid.** Pág. 77.



Ciertamente, el sentido de cooperación tiene trasfondo en una cultura constitucional del Estado en relación con el desarrollo social en todos los ámbitos. La cooperación con otros Estados es necesaria para la generación de decisiones y acciones eficientes; este sentido se ha manifestado ampliamente en la creación de diversos organismos internacionales, tal como se advierte en el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa de 1949: “Convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización. Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda la auténtica democracia (...)”.<sup>155</sup>

La manifestación anterior constituye el fundamento de los principios que constituirían la base de la regionalización de Europa, un aspecto cultural ideológico del que emana los posteriores acuerdos políticos internacionales creadores de organismos externos con base en la cooperación como alternativa para alcanzar el éxito de ideales comunes.

De igual manera, existen otros instrumentos que, incluso, llevan como epígrafe el sentido de cooperación, como es el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 1960, que se funda en que la prosperidad económica es esencial para alcanzar los objetivos de la ONU, salvaguardar las libertades individuales y aumentar el bienestar. Estima además que para alcanzar

---

<sup>155</sup> **Estatuto del Consejo de Europa.** Inglaterra. 1949.



eficazmente dichos objetivos es necesario fortalecer la tradición de cooperación de desarrollo entre los Estados.

Este sentido cooperativo se ha extendido hacia ámbitos de mayor amplitud como la seguridad militar; en torno a la cual se firmó el acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa de 1975, que hace notar el fortalecimiento de la conciencia de los Estados en favor de la cooperación mediante la declaración de sus principios e intereses en torno al desarrollo de los países y la protección de los derechos humanos. De esta manera, los Estados europeos se muestran ampliamente participativos, sus políticas estatales son una gran apertura hacia la cooperación, tradición cultural que desde entonces les caracteriza.

Lo anterior constituye un marco de referencia general, respecto del cual cabe mencionar también la labor fundamental de la Organización de las Naciones Unidas, que en 1970 adoptó la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, estableciendo la cooperación como un principio del derecho internacional: “Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas etapas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en las diferencias”.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> **Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas. 1970.**



La visión de la Organización de las Naciones Unidas tiene la cooperación como una obligación de los Estados nacionales y no solo se concreta a promover el respeto de los derechos y libertades fundamentales y su efectividad, sino que se extiende a la esfera económica, social y cultural al promover el progreso en todos los aspectos en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo, siendo un ideal que las naciones más avanzadas cooperen con las que se encuentran en desarrollo para el cumplimiento de dicha meta global.

Sin embargo, aun cuando la cooperación mutua se estableció como principio y obligación internacional, esta no ha logrado extenderse en todas las latitudes. En Europa y Asia este principio ha sido reconocido en los textos constitucionales desde hace décadas; tal es el caso en Europa de Irlanda, por ejemplo, que en su Artículo 29 constitucional, lo tiene como base de la política en las relaciones internacionales; de igual manera, Japón establece en el preámbulo de su Constitución de 1946, el compromiso de asegurar los frutos de la cooperación pacífica con todos los pueblos o naciones.

En América Latina aún no es común la cooperación que se ha presentado en el continente europeo, pareciera que la cultura en torno a un progreso conjunto entre naciones no está bien consolidada y la presencia del principio cooperativo no es característico en los textos constitucionales de la región. Sin embargo, “dicho principio sigue siendo no solo una obligación de los Estados, sino además una alternativa para enfrentar los desafíos de la realidad social y constitucional imperante, como lo ha



demostrado la experiencia europea”.<sup>157</sup> La cooperación puede considerarse como un elemento fundamental del Estado constitucional, pues propicia el fortalecimiento mutuo entre las naciones para su desarrollo.

#### **5.4. La idea de un constitucionalismo supranacional**

Al margen del concepto *supranacional*, convergen varios factores que han dado lugar a estructuras y órdenes jurídicos internacionales legitimados en el derecho internacional. Dichos factores implican cambios tanto en el derecho internacional clásico, como en el derecho constitucional, dando paso a la supranacionalidad.

La cooperación y la integración estatal han contribuido a una actividad intensa de los Estados y a la proliferación de organizaciones internacionales con diversos efectos para la integración de un orden jurídico supranacional. Por una parte, se tiene a las organizaciones internacionales constituidas con el objetivo de la cooperación para la consecución de fines específicos, el mejor ejemplo de ello es la Organización de las Naciones Unidas, cuya actividad ha dado lugar al surgimiento de diversos organismos e instituciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, entre otras. Cada una tiene un régimen y operatividad propios según el instrumento que los constituye y que tiene aplicación para los Estados miembros.

Por otra parte, se encuentran las organizaciones internacionales, cuya esencia radica en el ejercicio de facultades soberanas que le son atribuidas por los Estados

---

<sup>157</sup> Häberle, Peter. **Op. Cit.** Pág. 69.



miembros, por lo que, su constitución deriva de la atribución de competencias soberanas por parte de los Estados nacionales en ámbitos específicos. “Estos organismos son fuente de un proceso de integración estatal cuya transferencia de competencias genera un orden comunitario, lo que ha conducido a la configuración de la supranacionalidad”.<sup>158</sup>

Este proceso de integración de los Estados soberanos no ha sido por mera coincidencia, sino que supone un entramado de situaciones sociales, políticas y económicas que los Estados no pueden solventar de manera autónoma, por lo cual aparece la necesidad de buscar medios para dar una respuesta efectiva. En el contexto europeo, después de las dos guerras mundiales los Estados emplearon mecanismos unificadores de intereses mediante la cooperación gracias a tratados que se reflejan en la creación de diversas organizaciones internacionales.

Fue entonces que se creó la Comunidad Europea el Carbón y el Acero en 1951, cuyo objetivo era reconstruir la economía de Europa a través de la expansión económica y el desarrollo social. Dicho tratado supone la generación de un ordenamiento autónomo que da cabida a la construcción de la supranacionalidad, al establecer en el quinto párrafo del Artículo 9° lo siguiente:

“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus funciones, no solicitarán instrucciones de ningún Gobierno ni de ningún organismo. Se

---

<sup>158</sup> Sobrino Heredia, José M. **Las nociones de integración y supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales.** En: *Revista impulso*. No. 13. Pág. 119.



abstendrán de realizar cualquier acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones.”

“Esta Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue consolidando el proceso de integración de intereses comunes en otras áreas, dando lugar en 1957 a los Tratados de Roma que crearon la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los cuales han generado un orden comunitario que se consolida con la Comunidad de Maastricht en 1992, integrador institucional comunitario”.<sup>159</sup>

La Unión Europea es el modelo más avanzado de este proceso de integración, cuya estructura y funcionamiento derivan de la atribución de competencias soberanas de los Estados miembros. Se le ha concebido como una organización supranacional en un doble sentido, según afirma Díez Picazo: en sentido normativo, derivado de la generación de un ordenamiento comunitario y autónomo que se impone a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros, y puesto que la aprobación de decisiones siempre requiere la unanimidad, requisito que tiende a eliminarse.

“Los tratados constitutivos de las organizaciones europeas representan la base estructural sustentada en tres pilares: la Comunidad Europea, que comprende la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en consecuencia, la política exterior y seguridad común, y finalmente la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, estas dos últimas son de carácter

---

<sup>159</sup> Picazo, Luis M. **La naturaleza de la unión europea.** En: **INDRET: Revista para el Análisis del Derecho. No. 4.** Pág. 25.



intergubernamental”.<sup>160</sup> Este vasto campo ha propiciado una integración de las naciones europeas en lo económico, político y social, cuyo elemento más representativo es el euro.

A la vista de diversos críticos, el modelo supranacional europeo constituye un ejemplo para países y regiones e otras latitudes como una forma diferente de emplear mecanismos de desarrollo regional, máxime ante las consecuencias del proceso globalizador, que al reforzar los poderes privados reduce los espacios de actuación soberana de los Estados, colocándolos en una situación débil frente a otros agentes. “Estos factores han propiciado la integración regional europea, la cual ha sido un recurso fundamental para articular respuestas conjuntas a los problemas, permitiendo recuperar el poder perdido y lograr el desarrollo común nacional mediante políticas que se concretan en la delegación de atribuciones soberanas a un órgano internacional. Es decir, trasladar al plano internacional los problemas derivados de las competencias de los Estados para la adopción de decisiones conjuntas efectivas”.<sup>161</sup>

Sin embargo, este modelo que provee un recurso para los Estados como medio viable para un mejor desarrollo produce cambios transcendentales en el constitucionalismo, puesto que el ejercicio de la soberanía de los órganos del Estado está determinado por la Constitución nacional, y en el Estado constitucional todos los poderes están sometidos a las reglas constitucionales. “De ahí que se necesite una apertura de los Estados en la adecuación de sus constituciones nacionales, que radica en la concepción del concepto de soberanía, para que su Constitución permita ceder el

---

<sup>160</sup> **Ibid.** Pág. 7.

<sup>161</sup> Balaguer Callejón, Francisco. **La contribución de peter haberle a la construcción del derecho constitucional europeo.** En: **Revista de Derecho Constitucional Europeo. No. 13.** Pág. 189.



ejercicio de atribuciones soberanas a órganos internacionales, proveyendo mecanismos para ello”.<sup>162</sup> Sin embargo, esto no supera el problema de que un instrumento supranacional no proviene de la *voluntad general*, como una Constitución, sino de acuerdos entre funcionarios o entre órganos, que no se equipara a un poder constituyente originario.

De manera que el modelo de integración estatal, que da lugar a la supranacionalidad, implica ajustes necesarios en las constituciones de los Estados. En Europa, la república italiana, tras repudiar la guerra como medio de solución de controversias internacionales, según establece el Artículo 11 de su Constitución de 1947, en condiciones de igualdad con otros pueblos, acepta las limitaciones de soberanía en aras de asegurar la paz y la justicia entre las naciones. De esta forma se ha restringido la soberanía interna para transferir atribuciones de competencias a órganos internacionales cuya función tenga como consecuencia la paz y la justicia.

De igual manera, la República de Alemania establece tal apertura en su Constitución de 1949 al señalar, en la fracción I del Artículo 24, que “la Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales”; apertura a la que se han ido sumando y se siguen adhiriendo los países de la región europea, lo cual refleja el éxito de la integración supranacional mediante la delegación de competencias soberanas a órganos internacionales.

Esta delegación de competencias en instituciones comunes internacionales ha generado la actividad dinámica y progresiva de las instituciones de la Unión Europea, al

---

<sup>162</sup> **Ibid.** Pág. 191.



grado de constituir organismos con poder de decisión como el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia, que de manera sistemática y cotidianas producen normas para la conformación de un ordenamiento jurídico propio y autónomo de la Unión, con efectos no solo para los Estados, sino también para los gobernados, puesto que dichas normas pueden ser invocadas por los particulares ante los tribunales. “El tribunal de justicia ha puesto el relieve de la producción de un ordenamiento jurídico diferenciado que deriva de las convenciones del derecho internacional, al establecer, en el caso de *Vand Gend y Loos* en el conflicto entre el Tratado de Roma y La legislación holandesa que: *la comunidad europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional En beneficio del cual los estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos*”.<sup>163</sup>

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea adquiere cada vez mayor autonomía respecto del derecho internacional. Incluso, las normas comunitarias que quedan integradas al sistema jurídico de los estados miembros a partir de su vigencia, tienen prevalencia sobre el ordenamiento estatal, en las materias específicas de que se trate, cuyos jueces nacionales tienen la obligación de aplicarla.

Dicha facultad proviene tanto del derecho comunitario como del derecho interno, hazte sentir, los particulares pueden invocar las normas comunitarias ante los tribunales y exigir su cumplimiento, derivando el carácter prevalente solo en la materia, conforme ha establecido el tratado de la Unión Europea en el Artículo I-6: Se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es

---

<sup>163</sup> Vázquez, Rodolfo. **Soberanía supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur. Anuario de Derecho Constitucional.** Pág. 234.



por tanto, una primacía de alcance general, si no referida exclusivamente a las competencias propias de La Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución, en cuya virtud la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los estados miembros.

Dados la estructura, el funcionamiento y el derecho derivados de la Unión Europea, se manifiesta una verdadera supranacionalidad sin que ello implique la creación de un súper Estado; es decir, un órgano superior a los constitutivos de un Estado reconocido en el derecho internacional. Además, la esencia de estos órganos supranacionales reside en la delegación de competencias soberana que los Estados miembros en el ejercicio de su soberanía ceden voluntariamente a los órganos internacionales, lo que, se insiste, no implica la renuncia de la soberanía por parte de los Estados, sino que únicamente estos delegan facultades soberanas en entes internacionales.

La supranacionalidad se manifiesta en la existencia de una estructura integrada por Estados soberanos, pero dotada de órganos propios, decisiones se imponen a los Estados miembros, pero que también funcionan al margen de los respectivos tratados constitutivos que contienen las cláusulas de separación.

De igual manera, “la supranacionalidad no debe ser entendida en el sentido de una transferencia de la soberanía, sino en el ejercicio en común de competencia soberana de los Estados nacionales que siguen siendo sujetos primarios del derecho internacional por lo tanto no se trata de un desplazamiento de los Estados soberanos,



puesto que la base sobre la que operan estos órganos internacionales supone más un principio de coordinación que de subordinación”.<sup>164</sup>

A lo anterior se le atribuye que la transferencia de competencias estatales a órganos internacionales proviene del permiso que otorga la Constitución nacional; es decir, que la delegación de competencias estatales tiene fundamento constitucional, de ahí la importancia de que las constituciones tengan la cláusula de apertura, la cual se hace cada vez con mayor amplitud en las constituciones de los Estados europeos en vista de los avances y beneficios que se han logrado con la unidad regional al margen de la Unión Europea en cuanto al derecho comunitario.

La Constitución de Irlanda, en el Artículo 29, punto I, establece: “Irlanda proclama su identificación con el ideal de paz y cooperación amistosa entre las naciones, fundado en la justicia y la moral internacional”; y en el punto 4.3 faculta expresamente: “El Estado podrá convertirse en miembro de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (establecida por el Tratado de París de 18 de abril de 1951), de la Comunidad Económica Europea (establecida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (establecida asimismo por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957). Ningún precepto de esta Constitución invalidará leyes aprobadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por el estado por exigencia de las obligaciones de pertenencia a las comunidades en cuestión, me impedirá que las leyes promulgadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por las comunidades o instituciones de estas tengan fuerza de ley en el Estado”.

---

<sup>164</sup> Sobrino Heredia. **Op. Cit.** Pág. 127.



De igual manera, el Artículo 8.3 de la Constitución de Portugal establece la incorporación directa de las normas emanadas de los órganos internacionales: “Las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte entran en vigor en el ámbito interno directamente, siempre que así se encuentra establecido en los respectivos tratados constitutivos.”

Alemania, a través de la Reforma de 1992 el Artículo 23, incorporó una apertura amplia a la actividad de la Unión Europea en el marco de su competencia.

Díez Picazo afirma que, “en el marco en que se ha venido desarrollando la Unión Europea, hay una tendencia acentuada en el funcionamiento del derecho internacional con clave de derecho constitucional, puesto que, en principio, el tratado de la Unión Europea cuenta con los rasgos propios de una Constitución Estatal que establece las reglas básicas de funcionamiento, al que añade la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en 2000”.<sup>165</sup>

El tribunal de Justicia ha sostenido la equiparación de los tratados con una carta fundamental, observándose en la sentencia de 1986 de *Parti écologiste-Les Verts*, tal carácter atribuido: “La Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho, en la medida en que ni sus estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha contribuido a la delineación de un derecho autónomo, sustenta que los tratados constitutivos de las organizaciones

---

<sup>165</sup> Díez Picazo, Luis M. **Op. Cit.** Pág. 13.



supranacionales no son interpretados y aplicados conforme a las normas del derecho internacional, puesto que a la luz de los valores superiores universales, salida para la reciprocidad establecida como regla del derecho internacional clásico; la sentencia Luxemburgo y Bélgica de 1964 dispuso que, si bien, con las normas del derecho internacional se permite a quien es parte de un tratado internacional justificar su cumplimiento en virtud de que la otra parte también ha incumplido, en el derecho comunitario no hay espacio para el principio de reciprocidad. “Otro rasgo diferenciador y que se equipara al carácter de rigidez de la Constitución es el relativo a la modificación conforme a los procedimientos, estableciéndose en la sentencia Reino Unido C. Consejo en 1988 que: *los tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones carecen de un poder de decisión sobre ellos*”.<sup>166</sup>

La tendencia es crear un constitucionalismo supranacional, por el proceso de integración que han alcanzado los países europeos a través de las organizaciones internacionales que conforman la Unión Europea, como por el modelo de la alternativa que proporciona los estados de otras latitudes como mecanismos para hacer frente a las consecuencias del proceso globalizador.

En el contexto latinoamericano aún no se puede hablar de organizaciones con carácter supranacional en el ámbito económico al nivel del europeo; la organización regional más cercana hacia la integración en los países latinoamericanos en ese ámbito es el denominado Mercosur, creado a raíz de diversos documentos del gobierno brasileño y argentino a partir de 1985, Estados partes que deciden crear un mercado

---

<sup>166</sup> **Ibid.** Pág. 12.



común del sur, constitutivo de Asunción de 1994, fija como objetivo primordial ampliar la dimensión de mercados nacionales a través de la integración, lo que implica la armonización de las legislaciones en las áreas correspondientes para el fortalecimiento del proceso de integración; el desarrollo y funcionamiento de dicha organización internacional ha sido diametralmente distinta a la Unión Europea.

La estructura Internacional del Mercosur, Artículo 1° del Protocolo de Ouro Preto de 1994, establece como órganos con poder de decisión el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión del Comercio del Mercosur. El primero de ellos está formado por ministros de relaciones exteriores y de economía o sus equivalentes en los Estados miembros, a quienes corresponde la conducción de la política del Mercosur.

Este órgano es el que tiene mayor coincidencia con el Consejo de Ministros de la Unión Europea, sin embargo, los integrantes de las instituciones del Mercosur no son electos para su ejercicio autónomo, sino que tienen el carácter de ser representantes de los Estados miembros, como ocurre con la Comisión Parlamentaria Conjunta que, a diferencia del Parlamento Europeo, que es propiamente un órgano legislativo autónomo, representa a los poderes legislativos de los estados parte, cuyos integrantes son designados por sus respectivos parlamentos estatales y se encarga de coordinar la actividad comunitaria con la legislación interna para girar la puesta en vigencia Nacional de las normas emanadas del Mercosur.

La estructura del Mercosur y el funcionamiento de las instituciones que lo integran no son totalmente independientes de los Estados miembros, ya que parte de



los procedimientos de integración están ligados con los sistemas jurídicos internos y, por lo tanto, tampoco producen un marco jurídico derivado de un funcionamiento autónomo como organización internacional. La diferencia fundamental radica en que en la creación del Mercosur en realidad no hay transferencia de potestades soberanas, como ocurre con la Unión Europea; no hay una cesión voluntaria de atribuciones soberanas de los Estados miembros de manera absoluta a un órgano internacional, sino que rige más bien por la cooperación entre los Estados miembros.

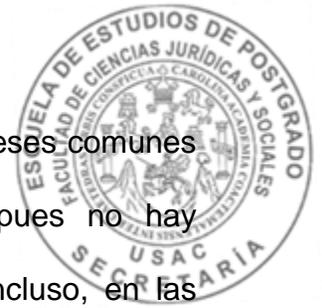
A este respecto, según Mayoral, “No obstante que existe el acuerdo de ejercer atributos soberanos a través del Mercosur, su estructura y marco normativo no crea órganos supranacionales para un funcionamiento autónomo, actúan por medio de representantes de los Estados partes y, cómo se señala, tienen dependencia orgánica y funcional de los entes estatales, y se expresa en normas que emanan de distintos órganos, de ahí su carácter intergubernamental”.<sup>167</sup>

El poco éxito del funcionamiento del Mercosur y el lento proceso de integración ha sido porque los estados latinoamericanos no han mostrado una apertura hacia la delegación de atribuciones soberanas en sus constituciones nacionales a órganos internacionales de intereses comunes, cuyo factor principal es la resistencia de los Estados nacionales nuevos cambios implican la redefinición de la soberanía. “En este sentido los negociadores integrantes del Mercosur han preferido emplear el término transnacional en lugar de supranacional”.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Mayoral, Alejandro. **Mercosur: los problemas de la integración**. En: **Archivos del presente: revista latinoamericana de temas internacionales**. Vol. 5. No. 18. Pág. 81.

<sup>168</sup> **Ibid.** Pág. 82.



Esta postura conlleva la falta de apertura a la integración de intereses comunes estatales y ello se refleja en los propios textos constitucionales, pues no hay adecuación de las normas tendentes a prever nuevos mecanismos; incluso, en las constituciones de los Estados miembros del Mercosur no existe una apertura amplia que conduzca a una integración armoniosa entre ellos.

Es la Constitución de Argentina la que muestra mayor apertura hacia la integración regional, pues en su Artículo 27 establece como obligación del estado, fortalecer sus relaciones con otras potencias extranjeras en el ámbito económico y de paz internacional; mientras que el Artículo 75, punto 24, otorga facultad del congreso para: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los Derechos Humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

El texto constitucional además establece expresamente la facultad del congreso para aprobar tratados de integración a organismos supranacionales, con respeto siempre al principio democrático y los Derechos Humanos; otorgándoles también jerarquía superior a las leyes, mas no constitucional; aun así, ello representa un avance para la construcción de una integración regional.

Asimismo, establece el procedimiento para su aprobación según se trate de tratados celebrados con Estados latinoamericanos o con los ubicados fuera del continente: la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de las cámaras, para el primer caso, y para el segundo, la mayoría absoluta de los miembros presentes de



cada cámara, quienes aprobarán la conveniencia de su celebración; posteriormente, para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La Constitución de Brasil muestra su intención a la apertura de una integración regional al establecer en su Artículo 4: “La República Federativa del Brasil buscar a la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”; sin embargo, esos preceptos sobre la distribución de competencias no establece facultad expresa para delegar competencia y jurisdicción a órganos supraestatales con fines comunes.

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha tendido al proceso de apertura; en las últimas reformas ha introducido el reconocimiento universal de los Derechos Humanos, avance que se considera de gran envergadura apertura al derecho internacional en la materia, así como interpretación y aplicación.

Diversos autores coinciden en que el eje central de esta apertura hacia la integración entre los Estados como medio de fuerza regional es de aspecto cultural. Este aspecto debe responder a la exigencia de nuevas herramientas que lleven al estado a un mejor desarrollo en sus funciones, pero que además busque lo fundamental de la base del Estado constitucional: la democracia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. “Los órganos internacionales que operan al margen de la atribución de competencias de los Estados miembros son un instrumento al servicio de estos, y se implementan de acuerdo a su

voluntad con el fin de buscar una respuesta a las exigencias y necesidades del contexto actual”.<sup>169</sup>



## 5.5. Vigencia del Estado nacional

De acuerdo con Hoffe, “Las reflexiones hechas en torno a la realidad mundial actual ponen de manifiesto que el orden internacional penetra cada vez más en los Estados, tanto por la globalización y sus consecuencias, como por la redefinición de la soberanía y la aspiración universalista de los Derechos Humanos. Estos elementos trascienden el orden constitucional y, por lo tanto, conducen a una reflexión obligada sobre la vigencia del Estado nacional”.<sup>170</sup>

La principal amenaza para la subsistencia del Estado nacional se concentra en la progresiva integración de los Estados a la tendencia de la regionalización y, en seguida, por los principios universalistas de los Derechos Humanos, ambos fenómenos relacionados a la aparición de organismos internacionales que conforman un orden jurídico supranacional y comunitario. Sin embargo, cómo se ha señalado, en toda relación internacional la soberanía es condición para que el Estado pueda ser generador de estos órdenes, y por lo tanto, un. Importante en el derecho internacional.

En efecto, el fenómeno estatal está ligado al surgimiento del Estado moderno, como sucede en Europa; sin embargo, la construcción de su identificación teórica y jurídica emerge dentro del derecho internacional como sujeto del mismo, y en lo que

---

<sup>169</sup> Carrillo Salcedo, Juan A. **Op. Cit.** Pág. 70.

<sup>170</sup> Hoffe, Otfried. **Revista de filosofía moral y política. No. 22.** Pág. 19.



aquí corresponde habrá que confrontar, al margen de los elementos de identificación de un Estado, su condición jurídica actual.

Así se tiene que el derecho internacional exige como elementos constitutivos de un Estado, el territorio, la población y el gobierno, los cuales fueron reconocidos en el Convenio sobre Derechos y Deberes de los Estados firmado en Montevideo en 1933, cuyo Artículo 1° dispone: “el Estado como persona del Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente, II. Territorio determinado, III. Gobierno, IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

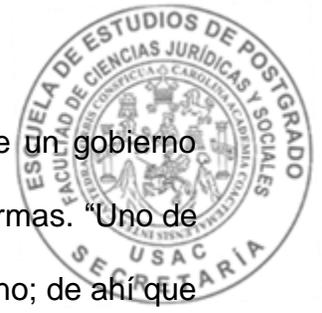
El primer elemento se da por sí solo, puesto que es un asentamiento humano creador de la estructura para asegurar el orden, cuya exigencia, según el derecho internacional, se debe a la existencia de población como causa generadora para una organización política, de manera similar el territorio, es irrelevante la magnitud de la población, al igual que las condiciones en las que se encuentre. Sin embargo, si puede estar determinada por el elemento nación, es decir, por una identidad cultural.

En cuanto al segundo elemento, “supone que toda sociedad se encuentra sentada sobre un territorio y, por lo tanto, el Estado ejerce su jurisdicción sobre un espacio delimitado por fronteras que dividen lo local y lo internacional”.<sup>171</sup>

El tercer elemento, relativo a la existencia de un gobierno efectivo, dotado de poderes suficientes para mantener el orden dentro del territorio, posee una mayor relevancia, puesto que cuando existan los dos elementos anteriores, pero se carezca de un gobierno, no se configura un Estado, en virtud de que el derecho internacional no

---

<sup>171</sup> Mariño Menéndez, Fernando M. **La subjetividad internacional**. En: **Derecho internacional público**. Pág. 100.



considera como tal a un determinado grupo poblacional que carezca de un gobierno estable, es decir, qué otros entes le disfruten su poder por medio de las armas. “Uno de los principales elementos en el ámbito jurídico es la legitimidad del gobierno; de ahí que la inexistencia de un gobierno estable puede afectar el reconocimiento de un Estado por el derecho internacional”.<sup>172</sup>

Ahora bien, existe un elemento más que caracteriza al Estado nacional: la soberanía, acorde con la independencia. Ambos requisitos esenciales en la identificación del Estado en el ámbito internacional; constituyen dos aspectos diferentes pero inseparables de la personalidad jurídica internacional. La soberanía es el conjunto de poderes supremos que conforman la condición jurídica general del Estado, mientras que la independencia significa la condición libre de decidir una forma de gobierno; consecuentemente, “soberanía equivale a estabilidad, mientras que la independencia es el aseguramiento que el gobierno no esté subordinado a ningún otro poder”.<sup>173</sup>

“Sobre esta característica especial de soberanía se centra el análisis de la existencia y vigencia actual del Estado, en el sentido de que en ella descansa su plena autonomía y autodeterminación”;<sup>174</sup> la soberanía estatal conduce a confrontar los hechos que se presentan en el orden internacional con la posición jurídica del Estado dentro de las relaciones internacionales en las que se ve involucrado y que inciden en la aparición de organismos internacionales que ejercitan atribuciones estatales al margen de lo cual se configura un orden jurídico supranacional; consecuentemente, las

---

<sup>172</sup> **Ibid.** Pág. 102.

<sup>173</sup> **Ibid.** Pág. 104.

<sup>174</sup> Atilli, Antonella. **Derecho y poder en la crisis de la soberanía.** En: **Revista de Estudios Políticos. No. 103.** Pág. 281.



implicaciones de las organizaciones internacionales y el aspecto de supranacionalidad constituyen un aspecto de mayor fuerza.

La reflexión sobre la preeminencia y la permanencia del Estado soberano se da en el marco de la supranacionalidad que caracteriza a la región europea, cuyos Estados se distinguen por una transnacionalidad integrada en sus economías y un gobierno multinivel conformado al margen de un orden jurídico autónomo, al cual los Estados están en cierta forma subordinados, puesto que este es considerado por encima del orden jurídico interno de los Estados miembros. “Los Estados europeos son denominados estados postmodernos dada su tendencia a la superación del Estado nacional, donde las organizaciones supranacionales ejercen atribuciones que son propias de los Estados”.<sup>175</sup>

De las características que permiten la identificación jurídica del Estado por el derecho internacional, este se desprende que goza de los poderes inherentes a la soberanía tanto en su ejercicio interno como externo. En estas condiciones, el Estado en su potestad soberana define voluntariamente delegar parte de sus atribuciones a un órgano externo como mejor medio para la consecución de un fin común, decidiendo así libremente poner en práctica la política exterior que estime adecuada a sus intereses y conforme a las normas internacionales.

Según indica Carrillo Salcedo, “La condición soberana del Estado reconocida en el exterior le permite participar en la formación de normas generales para asumir compromisos y obligaciones a través de tratados y relaciones diplomáticas”,<sup>176</sup> con lo

---

<sup>175</sup> Carrillo Salcedo, Juan A. **Op. Cit.** Pág. 1223.

<sup>176</sup> **Ibid.** Pág. 1223.



que se afirma que la existencia del Estado nacional es condición para las relaciones internacionales, margen en el cual los Estados europeos han decidido voluntariamente delegar el ejercicio de atribuciones estatales a órganos supranacionales para la consecución de fines específicos, conservando su soberanía con las limitaciones que ellos mismos han establecido.

Es precisamente el marco del derecho internacional el que pone la base al Estado y su estrategia para seguir operando, puesto que las relaciones internacionales tienen lugar solo a partir del reconocimiento y personalidad del Estado al margen de la integridad de los elementos que lo constituyen. “El Estado nacional haciendo la base del orden internacional, el reconocimiento es el que le permite contraer compromisos y obligarse a través de tratados internacionales para ejercer su soberanía en el exterior como mejor convenga a sus intereses estatales, conservando en todo momento su potestad soberana”.<sup>177</sup>

En este contexto, el fenómeno de la supranacionalidad no ha desplazado al Estado nacional, no que ha propiciado un proceso de cooperación e integración que ha llevado a la construcción de nuevos entes y órdenes jurídicos supranacionales a los que los Estados transfieren el ejercicio de competencias soberana. Sin embargo, la cesión de atribuciones estatales, que se hace mediante la integración del Estado y la adecuación de su texto constitucional, no implica una transferencia de soberanía, sino el ejercicio de esas funciones; de tal manera que “no se trata de la creación de un

---

<sup>177</sup> Sobrino Heredia, José M. **Op. Cit.** Pág. 120.



super Estado, ya que las organizaciones internacionales no suponen el desplazamiento de los elementos propios del Estado”.<sup>178</sup>

En este marco, la base del proceso de integración son los tratados concluidos por los Estados en el ejercicio de su condición soberana, en los cuales establecen sus principios y objetivos comunes, así como la estructura y funcionamiento del orden supranacional al cual se someten. Las organizaciones internacionales tienen una personalidad distinta a los Estados; la subjetividad o existencia jurídica de las organizaciones internacionales es distinta a la de los estados, ya que estas se constituyen en torno a objetivos comunes en un área determinada, y, por lo tanto, poseen una personalidad jurídica y efectos determinados por su especialidad, mientras que los Estados poseen derechos y deberes de acuerdo con el derecho de gentes. En efecto, “la Corte Internacional de Justicia ha señalado que la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales se encuentra implícita en el tratado constitutivo, cuyo reconocimiento internacional se realiza para alcanzar sus propósitos; sin embargo, no significa que estos tengan los mismos derechos y obligaciones de un Estado”.<sup>179</sup>

La comunidad europea es el reflejo de la base del proceso de integración, se ha tenido como eje central la delegación de atribuciones soberanas por los Estados miembros. El constante aumento de atribuciones y la funcionalidad ha llevado a la integración de estas relaciones internacionales constituyendo así el Tratado de la Unión Europea en 1992.

---

<sup>178</sup> **Ibid.** Pág. 127.

<sup>179</sup> Carrillo Salcedo, Juan A. **Op. Cit.** Pág. 403.



La Unión Europea representa la unidad del sistema europeo, sin embargo, la supranacionalidad que de esta deriva no implica la superación del Estado nacional. La Unión ayuda a reforzar la cohesión nacional y al realizar un análisis de su tratado constitutivo, sus principios sobre el respeto de la igualdad soberana, la identidad nacional, las estructuras políticas e incluso, sobre la integridad territorial; el punto clave de la Unión es el Estado como actor protagonista, solo él disfruta de prerrogativas que le permiten entrar en esas relaciones internacionales.

Los mismos Estados miembros han resaltado esta importancia en sus interpretaciones sobre el tratado de la Unión Europea. El Tribunal Europeo ha sostenido que dicho Tratado parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas: “Artículo 1.5.1: La Unión respetará la igualdad de los estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetar a las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”.<sup>180</sup>

Los mismos Estados miembros defienden su soberanía a través de sus interpretaciones y, en última instancia, son los que determinan los efectos de esta supranacionalidad. El mismo Tribunal español ha establecido que: “La cesión del ejercicio de competencias de la Unión Europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro impone límites (...) únicamente aceptables en tanto

---

<sup>180</sup> Tratado de la Unión Europea. Diario Oficial. Número C 191. 29 de julio de 1992.



sean compatibles con los principios fundamentales (...) de derecho establecidos por la Constitución nacional.”

Esta cuestión resulta lógica, ya que es en el marco de las atribuciones donde se hace la delegación de las mismas, las cuales deben ser conformes con los principios que la Constitución establece.

De lo analizado se desprende que la vigencia del Estado nacional no solo está presente, sino que es el punto de para la configuración de las relaciones internacionales, y por medio de él es posible la ejecución y realización de lo que se integra en el exterior. El Estado sigue teniendo los tres elementos constitutivos, así como la soberanía reconocida por el derecho internacional, lo que permite que las relaciones internacionales.

Aun cuando la globalización ha orillado a nuevas formas de operatividad jurídica, no puede considerarse al Estado nacional fórmulas de hadas. “En una óptica abierta, se diría que problemas globales requieren de soluciones y acciones de manera conjunta o global, sin que ello implique la superación del Estado, qué es la forma de organización política primaria y mediante la cual es posible la conformación de redes en el orden internacional. Lo que sí puede es denominarse, de conformidad con los cambios que demanda el orden internacional, un Estado nacional ilustrado, entendiendo como una nación que, al margen del reconocimiento de los principios universales de los derechos humanos, a través de las cuales se posibilite la solución a



los problemas de la sociedad mundial con miras a la justicia, la libertad, la democracia y los derechos y libertades fundamentales”.<sup>181</sup>

Para Carrillo Salcedo, “El Estado nacional y soberano es punto central en el proceso de institucionalización internacional que se ha dado a raíz del surgimiento de diversos organismos supranacionales; incluso, así como el Estado delega soberanamente facultades a órganos externos, de igual manera puede soberanamente separarse de estos mediante las condiciones que el principio de tratado constitutivo establece”.<sup>182</sup>

En este contexto, son los Estados sujetos de las relaciones internacionales los que crean el orden jurídico internacional, los que se comprometen y obligan a través de acuerdos, y los que reconocen el derecho internacional y que, teniendo como base su soberanía, muestra la apertura de los nuevos cambios al reformar sus constituciones nacionales; son los Estados, exclusivamente, los que en última instancia deciden los alcances y ejecutan las decisiones de los órganos internacionales, por lo que cobra mayor relevancia la ejecución de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de sus compromisos contraídos; son los Estados los que hacen posible la operatividad de los cambios suscitados en el derecho internacional en sus espacios internos.

“El Estado es la única fuente mediante la cual puede alcanzarse la garantía de los derechos”.<sup>183</sup> La supranacionalidad es una herramienta, mas no puede suplir al

---

<sup>181</sup> Hoffe. **Op. Cit.** Pág. 31.

<sup>182</sup> Carrillo Salcedo. **Op. Cit.** Pág. 72.

<sup>183</sup> Tejadura Tejada. **Op. Cit.** Pág. 334.



estado por dos razones: en principio, el estado es la célula primaria de la organización política de una sociedad determinada, y solo en el nivel estatal se produce una ordenación de los derechos en virtud de su organización política soberana, por consiguiente, está en posibilidad de ejecutar el ordenamiento internacional.

Por otro lado, se corre el riesgo de que la sociedad globalizada sea devorada por las mafias internacionales y nos encuentre una fuerza concreta ante la cual los ciudadanos puedan alegar derechos y asegurar la garantía de estos. Lo que se requiere, en el mejor de los casos, es la integración en plenitud de la interacción del Estado con el orden internacional. En consecuencia, “los Estados deben mostrarse abiertos Y cooperativos internacionalmente a fin de articular un correcto ejercicio de la soberanía en sus manifestaciones tanto internas como externas”.<sup>184</sup>

## **5.6. El Estado constitucional y su apertura al derecho internacional de los derechos humanos**

El Estado constitucional se sustenta sobre las bases de la limitación del poder en contraposición al poder arbitrario para asegurar la garantía de los derechos fundamentales de las personas, de ahí que su cumplimiento configure uno de los puntos principales del constitucionalismo, en el cual se legitima el cambio del sistema político que sustituyó al sistema absolutista o Estado totalitario.

---

<sup>184</sup> Gomes Canotilho, José J. **Teoría de la Constitución**. Pág. 46.



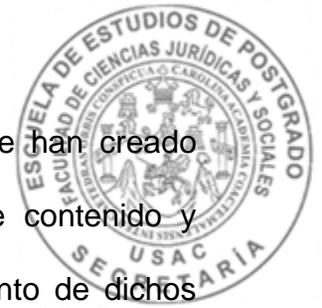
En este sentido, la limitación del poder implica una relación con la soberanía, cuyos límites únicamente se sujetan o se constituyen alrededor del derecho, tanto en el ejercicio del poder soberano del Estado en el exterior, como en el interior.

Y como indica Sains Arnaiz, “Así se explica que el eje central de la paz westfaliana, que se encuentra en la igualdad soberana de los Estados como principio del derecho internacional, sea el que propició el establecimiento de reglas que representan límites al ejercicio del poder soberano del Estado en vista del respeto de la igual soberanía de sus homólogos; consecuentemente, por segunda ocasión ante el contexto histórico de las guerras que alcanzaron su mayor expresión en las guerras mundiales, se condujo al derecho internacional al reconocimiento de la dignidad humana sobre la que se fundamentan los derechos humanos y las libertades fundamentales, nueva fuente y eje central del desarrollo del derecho internacional, que a su vez se convierte en condicionante en el ejercicio de la potestad soberana del Estado”.<sup>185</sup>

De tal manera que lo que antes constituyó fuente de protección exclusiva por el derecho constitucional en el ámbito interno de cada Estado, como lo es la limitación del poder y la protección de los derechos, ahora se extiende al ámbito mundial que encuentra su punto de partida en el derecho internacional con la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, a partir de la cual se sientan las bases para un sistema universal que se reafirma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; instrumento a partir del cual se han emitido múltiples y diversos documentos y

---

<sup>185</sup> Sainz Arnaiz, Alejandro. **La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El Artículo 10.2 de la Constitución española.** Págs. 35-36.



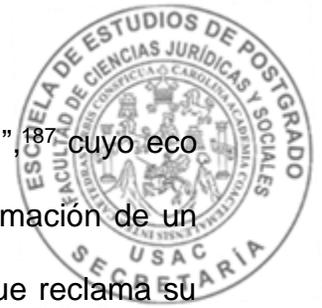
tratados sobre derechos humanos al margen de las cuales también se han creado organismos jurisdiccionales internacionales que se encargan de darle contenido y eficacia los derechos, así como de observar la aplicación y cumplimiento de dichos instrumentos, delineándose así un derecho internacional de los derechos humanos.

Este avance también ha tenido eco en el ámbito regional, pues se ha instituido sistemas para la protección de los Derechos Humanos. “En el sistema europeo se tiene el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo órgano jurisdiccional se concentra en el denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el sistema interamericano, surgido con la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, se ha proclamado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conformándose un sistema operativo para su observancia mediante la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, creador a su vez de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el sistema africano se tiene la Carta africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y 1986, lo que ha implicado la expansión y reforzamiento de instrumentos y organismos internacionales que trascienden en la esfera de actuación de los Estados y especialmente en la renovación de sus órdenes constitucionales internos”.<sup>186</sup> (sic)

De esta manera, “el derecho internacional ha sido forjador del establecimiento de un sistema de valores universales relacionados con el reconocimiento de la dignidad humana en todos los ámbitos, identificados en el desarrollo económico, social y

---

<sup>186</sup> Ferrer McGregor, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.** En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* Año 9. Número 2. Pág. 531.



cultural, que tiene como consecuencia la paz, la justicia y la democracia”,<sup>187</sup> cuyo eco alcanzado la institución de sistemas regionales y ha contribuido a la formación de un consenso internacional que ejerce fuerza en el orden interno estatal y que reclama su inclusión en las Constituciones de los Estados, al ser los derechos fundamentales punto central de la dignidad humana, estos tienen una vinculación de alcance general o universal.

Lo anterior permite inaugurar el análisis sobre su importancia y sobre el proceso de apertura del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno de los Estados.

Por lo general, los textos constitucionales habían aceptado la incorporación del derecho internacional como parte de las relaciones internacionales de los Estados en el marco de la política externa, regida por el derecho internacional convencional donde es clasificado como derecho internacional público, de ahí que los tratados internacionales que conformaban el derecho internacional se anunciaban como parte del orden interno de los Estados.

Como ejemplo está la Constitución mexicana, que desde su proclamación en 1917 reconocido en el Artículo 133 la incorporación del derecho internacional al establecer que los tratados internacionales ratificados por México serían ley suprema de toda la Unión. Este precepto tiene su referencia en la Constitución estadounidense de 1787, quien términos similares incorpora el derecho internacional en ese país. De

---

<sup>187</sup> Aparicio Pérez, Miguel Á. **La cláusula interpretativa del Artículo 10.2 de la constitución española, como la cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales. En: jueces para la democracia. Número 6. Pág. 12.**



igual manera, la Constitución española de 1978 reconoció expresamente en el Artículo 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

Según indica Toro Huerta, “Esta incorporación del derecho internacional en el orden interno constitucional opera de acuerdo con las normas convencionales al margen de la soberanía de los Estados. Estas normas, reglas y principios del derecho interno se transforman por la adopción de principios universales, como los valores fundamentales del derecho en torno a la justicia, los derechos humanos y las libertades fundamentales, los cuales se colocan en el nivel máximo de un régimen democrático que los tiene como centro y eje en todo el ordenamiento jurídico”.<sup>188</sup>

Como se ve, es de Gran relevancia no solo la incorporación del derecho internacional a través de la apertura de la Constitución de los derechos universalmente reconocidos, sino además la aceptación de este orden internacional legitimado y fortalecido en el propio estado constitucional.

Sin embargo, el proceso de apertura en las constituciones estatales ha sido lento debido a una postura cerrada que se encubre en el concepto de soberanía. Este panorama que aún persiste que dificulta una actitud positiva hacia la apertura a lo internacional, se reflejan las disyuntivas sobre el ejercicio de la soberanía, misma que se ejecuta en un sistema de relaciones horizontales donde el Estado conserva su potestad como afirmación de su soberanía. Consecuentemente, “la centralidad jurídica

---

<sup>188</sup> Toro Huerta, Mauricio I. **La apertura constitucional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial.** En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 112.** Pág. 325.



de la Constitución interna, puesto que, al ser dada por el poder Constituyente representante del pueblo soberano, se presenta como carta de soberanía e Independencia frente a otros Estados. Por ende, aplicación del derecho internacional se realiza conforme a los términos fijados por la Constitución frecuentemente con un rango supralegal, rechazándose en muchos casos la aplicación de normas internacionales en el orden interno”.<sup>189</sup>

Finalmente y después de ajustarse a la propuesta de iniciativa, la Constitución española se abrió a la recepción expresa de los convenios y pactos internacionales de Derechos Humanos Artículo 10.2 expresamente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y de las libertades que la Constitución reconoce como se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

A este precepto le anteceden reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, estos como fundamento del orden público y la paz social; conforme al cual la Constitución española incorpora los valores de la libertad y la dignidad política como parte de la justicia y la paz social, dotando de contenido a todo el sistema de los derechos y de la Constitución misma, al instituir en el segundo apartado del Artículo 10, como la recepción expresa de los instrumentos internacionales de derechos humanos como canon de regulación y aplicación de los derechos constitucionalizados.

---

<sup>189</sup> Gomes Canotilho, José J. **Op. Cit.** Págs. 46-47.



Aparicio Pérez afirma que: “El reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional justifica la importancia de su constitucionalización por parte de los Estados, puesto que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que contribuyen al fortalecimiento del Estado constitucional, tal como se ha reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su preámbulo, que refiere a las libertades fundamentales como exigencia de un régimen político verdaderamente democrático”.<sup>190</sup>

La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales refuerza el compromiso interno con el derecho internacional y asegura el camino hacia un Estado constitucional y democrático de derecho.

El desarrollo de los derechos humanos en el ámbito internacional se ha dado en un lento pero continuo proceso en los Estados a través del establecimiento de cláusulas de apertura en las constituciones. Así se tiene que Argentina, de acuerdo efecto establecido en el punto 22 del Artículo 75, incorporó los tratados internacionales sobre derechos humanos, a los cuales les otorgó una jerarquía constitucional, puesto que adquieren una jerarquía supra-legal.

En el caso de Colombia, mediante la disposición establecida en el Artículo 93 de la Constitución: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Aunque su redacción no es muy clara en

---

<sup>190</sup> Aparicio Pérez, Miguel A. **Op. Cit.** Págs. 9-10.



cuanto al reconocimiento, sí implica una apertura al reconocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El texto constitucional de Chile es un claro ejemplo de la admisión expresa de la limitación de la soberanía del estado en aras de la prevalencia de los Derechos Humanos que son reconocidos en los tratados internacionales, al establecer en su Artículo 5: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos humanos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Con dicho precepto se da una apertura más amplia, ya que los admite como límite de la soberanía y además se refiere a ellos como derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconociendo como parte de ellas los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado chileno.

En el caso de Perú, la apertura se hace de manera similar a España, al incorporar expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales como parámetros en la aplicación de los derechos constitucionalizados, pues Establece en la cuarta disposición transitoria que: “Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.



En tanto, República Dominicana, en el Artículo 74, inciso 3), establece que: “Los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.”

Este precepto es una clara apertura al derecho internacional de los derechos humanos, porque aparte de que los reconoce expresamente como parte de la Constitución, ordena que sean de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado. También agrega en el inciso 4) que los derechos humanos se interpretarán y aplicarán por los poderes públicos para la protección más favorable a la persona, es decir, dispone expresamente en la Constitución el principio *pro-persona* conforme a los estándares del derecho internacional en la interpretación y aplicación de los derechos.

De igual manera, México reformó el 10 de junio de 2011 el capítulo primero del título primero para denominarlo de los Derechos Humanos y sus Garantías, en cuyo Artículo 1° reconoce a los tratados de derechos humanos como parte de la Constitución. Asimismo, estableció las reglas de interpretación y aplicación que corresponden a los principios de interpretación conforme y *pro persona*, con lo que se mostró acorde con los avances del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, lo que significa un avance en el constitucionalismo estatal: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá



restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas de la protección más amplia (...).”

Estos casos de derecho internacional de los Derechos Humanos, incluso algunos haciendo referencia directa e instrumentos internacionales y a la adopción de la interpretación evolutiva de los Derechos Humanos, contribuyen a la reafirmación de un Estado constitucional democrático, en la medida que el constitucionalismo tiene como fin la garantía de los derechos humanos y, como consecuencia, un régimen democrático de Derecho.

Indica Toro Huerta que “La dignidad humana ha sido la premisa principal del Estado constitucional, ya que este tiene como objetivo la limitación del poder a través del derecho y, como consecuencia, la sublimación de los derechos fundamentales, eje central del derecho internacional y relaciones en que interactúa el Estado y la sociedad mundial. En esta esfera se ha obtenido una de feliz protector de los mismos, de ahí que lo que antes solo constituía competencia de las constituciones estatales o leyes fundamentales, hoy se ha extendido el ámbito internacional, lo que representa nuevos mecanismos que contribuyen a ser factibles los derechos humanos. Así se afirma que el derecho internacional se hace útil para los fines del derecho constitucional, al tener



como fin primordial la vigencia y la eficacia en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>191</sup>

En definitiva, puede decirse que la vinculación cada vez más creciente del derecho constitucional con el derecho internacional, en especial la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales llega a tener un soporte fuerte, en vista de que se construye un régimen democrático propio del constitucionalismo. En este sentido, “los poderes de los Estados no deben seguir viendo a la Constitución como un sistema cerrado de ordenamiento estatal, sino que las constituciones deben estar abiertas a la adopción de nuevas formas que contribuyan a la consolidación del régimen democrático y la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos”.<sup>192</sup>

### **5.7. La confrontación de las posiciones sobre la posibilidad de la existencia de un *ius commune constitucional* en materia de derechos humanos**

Básicamente, en el ámbito internacional de los derechos humanos y la idea de la posibilidad de la existencia de un *ius commune constitucional* existen dos posiciones a saber:

- a) la que afirma tal posibilidad
- b) la que niega tal posibilidad.

---

<sup>191</sup> Toro Huerta, Mauricio I. **Op. Cit.** Págs. 331-332.

<sup>192</sup> **Ibid.** Pág. 333.



¿Cuál de las dos tiene razón? A continuación, se analizarán sus principales argumentos.

### **5.7.1. La posición que niega la posibilidad de la existencia de un *ius commune constitutionale* en materia de derechos humanos**

Esta posición es la adoptada por el Dr. Héctor Fix Zamudio, destacado jurista mexicano, quien expuso su opinión al respecto en una conferencia pronunciada por él el 18 de septiembre de 2013 durante el desarrollo del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la provincia de Tucumán, República Argentina.

En la segunda sesión del referido Congreso, denominada *La garantía de los derechos fundamentales*, el Dr. Héctor Fix Zamudio pronunció la conferencia denominada *Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno*. Dicha conferencia fue difundida en video (no se publicó versión escrita) por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México -UNAM-.

Sin embargo, sin perjuicio de la corta exposición del Dr. Fix Zamudio y también de la escasa argumentación en la defensa de su posición (quizás atribuida al limitado tiempo que tuvo para realizarla), tres son las afirmaciones que de forma conclusiva expuso en la referida conferencia, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

- 1) La protección de los derechos humanos es interna, no internacional, dado el sistema monista que adoptan la mayor parte de Estados latinoamericanos; ello es



así porque la protección internacional solo es subsidiaria y en casos muy especiales.

- 2) Los tribunales nacionales no ejercen control de convencionalidad, solo ejercen control de constitucionalidad.
- 3) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo es obligatoria para el Estado que sea parte en un litigio sometido a su competencia; pero no para todos los Estados parte en la Convención Americana; para el resto de los Estados tal jurisprudencia constituye solo una guía orientadora para la protección de los derechos humanos.

Examinadas tales conclusiones, contrarían la jurisprudencia acumulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha pronunciado en múltiples sentencias no solo reafirmando la protección internacional de los derechos humanos (que ella misma ejerce), sino manifestando, a partir del caso Mirna Mack, que no solo los jueces de los Estados parte en la Convención Americana, sino que todos los órganos del Estado, están obligados a ejercer el control de convencionalidad y sobre todo; que su jurisprudencia es obligatoria para todos los Estados parte en la Convención Americana hayan o no sido parte en el litigio del cual provenga.

La pregunta por responder es la siguiente: ¿quién tiene razón? ¿el Dr. Fix Zamudio o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia?

Antes de tratar de responder a la pregunta formulada *supra*, se debe examinar la posición contraria, es decir, la posición afirmativa.



### 5.7.2. La posición que afirma la posibilidad de la existencia de un *ius commune constitutionale* en materia de derechos humanos

En primer lugar, conviene examinar la posición de Peter Häberle, distinguido constitucionalista alemán, quien la expone en su obra *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*; resumiendo la posición de Haberle puede manifestarse lo siguiente:

“La creación de comunidades en regiones y continentes como Europa, América, Asia, en sus comienzos también en África, debe entenderse como intento de oponer a la globalización un pedazo de autoafirmación proveniente de culturas jurídicas de las regiones grandes y pequeñas. Globalización y autoafirmación cultural a partir del espíritu de las regiones (...) Europa ofrece al mundo la etapa textual más elevada en materia de integración y quizá algún texto puede desplegar una cierta función de ejemplo para otras partes del planeta, por ejemplo, para el desarrollo de un *ius commune* en Asia, África o también América (enriquecimiento a través de cláusulas sobre integración y patrimonio cultural). En las Constituciones africanas puede haber muchos textos relevantes, pero más bien parecen conjuros de la unidad africana. La Constitución de Burkina-Faso es la que más adelante va con su renuncia a la soberanía (...). Quizá se pueda objetar que todos los textos examinados, sobre todo los relativos a América no son más que textos, programas, de carácter frecuentemente utópico o incluso ilusorio. A esto hay que responder que un texto constitucional, una vez creado, puede desplegar fuerza normativa, como mínimo en el mediano plazo (...). El desarrollo del *tipo* del Estado constitucional es una prueba de que esta tesis es correcta, y también la centenaria historia de la recepción de los clásicos como J. Locke



nos muestra que el Estado constitucional, pero también las comunidades regionales de responsabilidad, piensan y actúan en períodos largos y dependen de un *quantum* de utopía (...). Una cosa es segura: el desarrollo de un derecho constitucional común americano depende de la labor que desarrollen en toda América las comunidades científicas nacionales. La comunidad abierta de los intérpretes de la Constitución y de la comunidad necesita a los científicos nacionales de todos los países del continente (...). El *punte no escrito* entre Latinoamérica y España, pero que se escribe y se sostiene gracias a la ciencia local, no puede ser subestimado ni en lo personal ni en lo material, así como tampoco en el desarrollo de un *derecho constitucional común americano*".<sup>193</sup> (sic)

Al examinar la posición de Häberle, se puede concluir que es manifiestamente inclinada a la posibilidad de la existencia de un derecho constitucional común.

Importante es también examinar la posición de Ignacio Gutiérrez, Michael Stolleis y Andreas Paulus, en su obra conjunta *El derecho constitucional de la globalización*; resumiendo la posición de estos tres profesores alemanes de derecho constitucional puede manifestarse lo siguiente:

Afirma Ignacio Gutiérrez: "El derecho constitucional para la Comunidad internacional, que se postula como complemento del estatal, ahora solo parcial e incluso fragmentario, ofrece así, por su parte, una imagen fragmentaria y parcial. La mirada constitucional, formada en un contexto diferente, se proyecta aquí, con efectos deliberadamente distorsionadores o críticos sobre una realidad insatisfactoria (...). Las

---

<sup>193</sup> Häberle, Peter. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-americano.** Págs. 80-83.



constituciones estatales solo son concebibles como nódulos de esa red, tensa y siempre inestable, de relaciones estatales, supranacionales e internacionales (...). Los modelos oscilan entre los extremos definidos por una idea de *Constitución abierta*, que otorga primacía incondicionada a los procedimientos y las interconexiones sobre los contenidos, y un *constitucionalismo cosmopolita*, que insiste en extender al conjunto de la humanidad principios materiales que se ha acreditado como básicos para el funcionamiento del Estado constitucional (...). Es preciso, en definitiva, hacer en primer lugar, historia, viendo el derecho constitucional ya no como un logro que ha de ser procesado en términos dogmáticos, sino como un proceso de acumulación, transformación y diferenciación en el que deben identificarse los elementos susceptibles de ser transportados hacia el futuro; y se impone también hacer simplemente Derecho, pero un Derecho que sabemos cada vez más determinado por normas internacionales y menos sujeto a los postulados de unidad, jerarquía y coherencia propios del Estado constitucional clásico”.<sup>194</sup>

Por su parte, Michael Stolleis manifiesta: “Apenas cabe hablar ya de un derecho absoluto del Estado a la última decisión sobre un territorio delimitado. Se plantea así la pregunta por el futuro del Estado constitucional en la sociedad mundial. El Derecho constitucional, todo el Derecho incluso, se encuentra ante los retos de la globalización. Desde hace más de dos décadas se documentan las transformaciones que ello implica y se ha hecho habitual la referencia conciliadora y esperanzada a la estatalidad abierta. Con ella se pretende decir que, pese a la múltiples cooperaciones, superposiciones y

---

<sup>194</sup> Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. **El derecho constitucional, memoria y proyecto ante la globalización.** En: Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio; Stolleis, Michael; Paulus, Andreas. **El derecho constitucional de la globalización.** Págs. 18-21.



dependencias, el Estado sigue y debe seguir siendo la auténtica magnitud de referencia y el refugio que protege al individuo (...) inseparablemente ligado a la protección de los Derechos del Hombre y del Ciudadano está el gran proyecto de trasladar los procedimientos democráticos de formación de voluntad desde el Estado a los espacios supraestatales. Los mecanismos que ya están acreditados extenderán así y su radio e incluirán cada vez más actores (...) sin embargo, esos procesos de fermentación intelectual son del máximo interés en cuanto fenómenos que acompañan un acelerado cambio de nuestro entorno vital. Ofrecen la materia prima para los modelos interpretativos que más adelante serán dominantes (...) es evidente que los impulsos más fuertes para la fantasía intelectual de la teoría política, sociológica y jurídica surgen hoy de la globalización, sea cual sea su significado práctico. La sociedad mundial, quiéralo o no, va en un mismo barco”.<sup>195</sup>

En el mismo sentido, Andreas Paulus manifiesta: “En nuestro contexto, la globalización es, en primer lugar, el desarrollo conjunto del mundo más allá de las fronteras nacionales o atravesándolas, en un número creciente de ámbitos reales, pero también normativos, desde el comercio y la economía, hasta el medio ambiente y los derechos humanos (...) entonces de hecho tiene sentido decir que el mundo ha llegado a unificarse, aunque los diferentes sistemas funcionales, como el Estado y en especial el Derecho, necesiten aún tiempo para adaptarse (...) necesita el complemento de una perspectiva holística, porque el clásico particularismo ya no es capaz de solucionar los problemas (...) al respecto, el reto central para el Derecho y la política en la era global resulta de la asincronía entre la unificación fáctica, el desarrollo de una moral común y

---

<sup>195</sup> **Ibid.** Pág. 56-61.



su traducción en un sistema también común (...) el clásico derecho internacional de la coordinación era muy adecuado para mantener separadas las esferas estatales. Pero queda desbordado cuando pretende coordinar la solución de tareas comunes, por no hablar de la creación de instituciones globales capaces de actuar en un plano internacional (...) así, la Declaración de la Conferencia de Viena de 1993 habla de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados (...) por eso el derecho internacional público ha rechazado desde siempre el argumento de que las objeciones constitucionales no susceptibles de ser identificadas desde el exterior puedan oponerse al cumplimiento de obligaciones jurídico-internacionales”.<sup>196</sup>

De la lectura de lo manifestado por los tres profesores alemanes de derecho constitucional citados, se infiere su posición a favor de un derecho constitucional común en materia de derechos humanos; lo cual es una posibilidad, de la misma forma que lo era la expectativa de un derecho internacional antes de la Segunda Guerra Mundial, expectativa que se ha visto cumplida al día de hoy.

Otro de los defensores de un derecho constitucional común en materia de derechos humanos es el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, reconocido autor que esgrime la defensa de esta tesis en su obra *Constitucionalismo. Más allá del Estado*, en la cual no solo defiende esta tesis, sino critica los argumentos que se le han opuesto.

En la obra citada manifiesta Ferrajoli: “En cuanto a la relación entre derecho y economía, la ideología neoliberal incluso la ha invertido, al afirmar la primacía de la *lex*

---

<sup>196</sup> **Ibid.** Págs. 94-112.



*mercatoria* como verdadera, rígida norma fundamental del nuevo orden global más que todas las cartas constitucionales. La crisis del paradigma constitucional ha madurado también gracias a este vacío cultural (...) se han desarrollado, en los diversos planos, múltiples procesos *deconstituyentes* (...) es claro que estos procesos han minado en la raíz ambas dimensiones de las democracias nacionales: tanto las formas de la representación política como los vínculos de contenido impuestos por las constituciones (...) en un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, ya no es verdad que las decisiones más relevantes competan a poderes directa o indirectamente democráticos y subordinados a la ley (...) ¿cabe un proceso de refundación de las formas de una y otro, como modo de, más allá del debilitamiento de los Estados, ponerlos a la altura de lo que Jürgen Habermas llamó, hace ya muchos años, una *política interna del mundo?* (...) a los fines de una refundación de la democracia constitucional en el plano global, lo requerido no es ya la institución de una improbable y tampoco deseable reproducción de la forma del estado en el nivel supranacional, sino sobre todo la introducción de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas (...) ciertamente, las actuales políticas no permiten ningún optimismo. Pero no debemos confundir lo que los poderes económicos y políticos no quieren hacer, con lo que es imposible hacer, otorgando de este modo una legitimación teórica al estado de cosas existente y ocultando las responsabilidades de la política y los potentes intereses que la condicionan (...) aunque improbable, y por eso concebido como irreal a corto plazo, el proyecto de un constitucionalismo internacional basado en la igualdad de todos los seres humanos, ya diseñado por las diversas cartas supranacionales de derechos, representa, a medio y largo plazo, la



única alternativa realista a un futuro de guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismos, racismos, conflictos interétnicos, atentados terroristas, crecimiento del hambre y de la miseria que darían lugar a su quiebra (...) sobre todo, no podrán dejar de poner en el orden del día el problema político de la constitucionalización de la globalización, que no podrá limitarse solo a los mercados y a los capitales, sino que deberá convertirse, a largo plazo, en el terreno de una necesaria refundación de la política, del derecho y de la democracia sobre la base de la igualdad en los derechos de todos los seres humanos, comenzando por el derecho de libre circulación sobre el planeta.”<sup>197</sup>

En la obra ya citada, Ferrajoli plantea y responde a algunas objeciones escépticas a la hipótesis de un constitucionalismo global, las cuales se expondrán aquí de manera parafraseada, y extraídas de la obra del iusfilósofo italiano:

- 1) La objeción de que *un constitucionalismo global e incluso europeo sería insostenible al no existir un pueblo global homogéneo y tampoco un homogéneo pueblo europeo.*

Ferrajoli responde a esta objeción de la manera siguiente: esta es una concepción de la constitución, manifiesta Ferrajoli, que a su juicio de ser literalmente desechada. Ello es así, porque se trata de objeciones basadas en las teorías de Carl Schmitt y de Thomas Hobbes, como pactos de convivencia dentro del paradigma nacional y soberano.

---

<sup>197</sup> Ferrajoli, Luigi. **Constitucionalismo. Más allá del Estado.** Págs. 16, 41, 54, 86.



En el paradigma constitucional, las constituciones están concebidas como acuerdos necesarios y preciosos llamados a tutelar a todas las personas, por lo tanto, aquellas no sirven para representar orgánicamente la imaginaria voluntad común de un pueblo, o para expresar alguna homogeneidad social o identidad colectiva. Si tal fuese su finalidad, se podría tranquilamente prescindir de ellas. Sirven en cambio, para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y así para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos eventualmente en conflicto.

Son, por así decirlo, pactos de no agresión y de socorro mutuo, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, tanto más esenciales cuantos mayores sean, por las fuertes desigualdades y diferencias, los peligros de guerra o de dominación. Su legitimidad, a diferencia de las leyes ordinarias, consiste no en el hecho de que sean queridas por todos, sino en el hecho de que garanticen a todos.

- 2) La objeción que plantea la tesis de que un constitucionalismo más allá del Estado estaría viciado por la llamada falacia de la *domestic analogy*, al ser irrealista y estar destinado al fracaso cualquier planteamiento de orden internacional que reproduzca las estructuras y los presupuestos de las actuales democracias estatales.

Ferrajoli responde a esta objeción de la siguiente manera: según esta tesis, dice Ferrajoli, el ordenamiento internacional carecería de algunos rasgos esenciales para la existencia del Estado de derecho, presentes solo en los ordenamientos estatales: cómo, de nuevo, la existencia de un pueblo mundial y de una sociedad civil planetaria, así como del desarrollo de una opinión pública global y de partidos supranacionales.



A juicio de Ferrajoli, también esta tesis de ser rechazada. Más allá del nexo entre pueblo en el sentido schmittiano y constitución, es precisamente la pretensión de una perfecta analogía del ordenamiento internacional con los ordenamientos estatales lo que refleja la idea, esta sí viciada de falacia doméstica, de que no exista otro tipo de institución política susceptible de ser sometida a límites y a vínculos constitucionales que no sea el Estado nacional; cuando tal analogía es solo una confirmación inductiva de la validez de la tesis teórica, confirmada por la experiencia histórica de los Estados, según la cual el derecho es el único instrumento racional de pacificación y civilización de los conflictos y la única alternativa realista a la guerra y a la ley del más fuerte.

- 3) Las objeciones de tipo realista que sostienen la absoluta improbabilidad e inverosimilitud de un proceso de integración política global.

Ferrajoli responde a estas objeciones de la siguiente manera: en efecto, dice Ferrajoli, pues ciertamente nada permite ser optimistas: los retrasos y las inadecuaciones de las actuales políticas, estatales e internacionales, hacen del todo improbable el desarrollo de un constitucionalismo supranacional. Pero se debe evitar caer en la insidia del realismo, consistente en una suerte de naturalización del derecho y de la economía y, con ello, en la aceptación de su realidad como carente de alternativas.

En efecto, pues la realidad jurídica y la económica son realidades artificiales, construidas por los hombres; de este modo, la vieja y desafortunada máxima de que *todo lo real es racional*, es solo una fórmula ideológica, apta para fundar cualquier tipo de justificacionismo. Por eso no se debe identificar lo que los poderes económicos y



políticos no quieren hacer, con lo que es imposible hacer; y tampoco confundir conservación y realismo, si no se quiere ocultar las responsabilidades de la política y los potentes intereses que la condicionan, descalificando como irrealista o utópico lo que simplemente contradice los intereses y la voluntad de los más fuertes.

Como puede observarse, Ferrajoli responde con argumentos válidos las objeciones que se han antepuesto a la idea de un constitucionalismo común o constitucionalismo global, especialmente en materia de derechos humanos.

Conocidos los argumentos en pro y en contra del concepto de un *ius commune constitutionale*, parece que la posibilidad de su existencia deviene, por el momento, todavía no posible de realización, sin perjuicio de la validez argumentativa de los defensores de tal concepto.

Indudablemente, los argumentos ferrajolianos, son bastante difíciles de refutar, pues este autor define la globalización como *un vacío de derecho público* y defiende la necesidad de un constitucionalismo mundial (en términos no muy distintos a los de Habermas). La ampliación del paradigma del Estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales supone para Ferrajoli el máximo reto lanzado por la crisis del derecho y del Estado a la razón jurídica y a la razón política, y representa, además, la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencias y fundamentalismos. No existen, en su opinión, razones para ser optimistas, pero no porque se trate de un programa utópico o irrealizable, simplemente no se quiere hacer porque entra en conflicto con los intereses dominantes.

No obstante ello, y tomando en cuenta que hasta el día de hoy el ser humano no ha inventado ningún procedimiento científico para predecir el futuro, y tomando en cuenta la crítica popperiana del historicismo, no se puede negar ni afirmar la posibilidad de un constitucionalismo global en el futuro; pues se debe recordar los orígenes del derecho internacional que a principios del Siglo XX era hasta cierto punto inimaginable y al día de hoy ha invadido los espacios del derecho y de la política al grado de cuestionar los conceptos de autonomía, soberanía y supremacía constitucional.



## CONCLUSIÓN



La hipótesis formulada en el diseño de esta investigación consistió en afirmar la posibilidad de la existencia de un *ius commune constitutionale* en el ámbito de los derechos humanos.

Tal hipótesis debe refutarse y pasar a argumentarse en sentido negativo. En el presente tiempo, no cabe hablar ciertamente de una constitución supranacional en sentido racional-normativo, pues la comunidad internacional no dispone de un texto equiparable al de las constituciones estatales.

Sin embargo, quizás sí puedan identificarse procesos de constitucionalización. Una acumulación de desarrollos, asimétricos y asincrónicos, que se apoyan en una concreta concepción del constitucionalismo; por más que, desde luego, los principios que rigen esas relaciones internacionales estén lejos de responder satisfactoriamente y en su conjunto a los postulados que determinan el estado social y democrático de Derecho. Al respecto, el reto central para el derecho y la política en la era global resulta de la asincronía entre la unificación fáctica, el desarrollo de una moral común y su traducción en un sistema jurídico también común.

Los derechos fundamentales constituyen un eje clave del *Ius Constitutionale Commune*, esto se explica por tres razones principales: en primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma especialmente en las disposiciones sobre los derechos fundamentales; en segundo lugar, esos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil; y, en tercer lugar, las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales son, a menudo, producto de la lucha de



grupos sociales y dotan a los proyectos de esos grupos de una energía que tiene un carácter específicamente jurídico.

Se debe subrayar como características de los derechos fundamentales, la indivisibilidad y la interdependencia, las cuales contribuyen a la formación del *Ius Constitutionale Commune*, cuyo proyecto concibe al constitucionalismo transformador como la inclusión en el marco de los principios constitucionales a los sistemas internacionales de protección de los derechos fundamentales.

Las constituciones latinoamericanas, nuevas o reformadas después de los regímenes autoritarios, incorporan de forma muy clara el mandato de promover el bien común y superar la exclusión. Por otro lado, el énfasis en lo social es un rasgo distintivo del discurso sobre los derechos en América Latina y esto a la vez, define un tema central de convergencia, el cual, según los postulados de este enfoque, se debería abordar en clave dialógica, en la medida en que esto sea posible.

Este concepto ayuda a determinar acciones, instituciones y operaciones que deberían estar sujetas a un régimen jurídico que se corresponda con la dimensión normativa del concepto de lo público. Esto incluye fenómenos jurídicos estatales, supranacionales e internacionales. Solo piénsese en los conceptos clave del pluralismo político, del diálogo y de la inclusión basada en los derechos humanos.

Cabe finalizar concluyendo que, en el ámbito de los derechos humanos, la posibilidad de un derecho constitucional común es más acentuada, dados los extraordinarios avances integradores que con sus esfuerzos ha logrado la comunidad internacional y esa forja de un lenguaje jurídico compartido que puede examinarse

desde puntos de vista diferentes, pero que también puede coincidir en una lista de preocupaciones comunes capaz de dotar de contenido y dirección el trabajo compartido.





## BIBLIOGRAFÍA



- AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del estado constitucional**. Lima, Perú: Editorial Temis, 2007.
- AGUILÓ REGLA, Josep. **Sobre la Constitución del estado constitucional**. En: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 24. España: S. E., 2001.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2004.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Á. **La cláusula interpretativa del Artículo 10.2 de la Constitución española, como la cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales**. En: **Jueces para la democracia**. Número 6. España: S. E., 1989.
- ATILLI, Antonella. **Derecho y poder en la crisis de la soberanía**. En: **Revista de estudios políticos**. No. 103. España: S. E. 1999.
- AYALA CORAO, Carlos M. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. En: **Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: IIJ-UNAM, 2002.
- AZNAR, Mariano J. **La constitucionalización de la comunidad internacional**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. **La contribución de peter haberle a la construcción del derecho constitucional europeo**. En: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. No. 13. España: S. E. 2010.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. **Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano**. Tesis Doctoral. Madrid, España: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, 2009.
- BECK, Ulrich. **El metajuego de la política cosmopolita. Claves de razón**. En: **Revista Claves de Razón Práctica**. No. 145. S. P., S. E., 2007.
- BOIXAREU, Ángel. **El principio de subsidiaridad**. En: **Revista de Instituciones Europeas**. No. 3. Volumen 21. Madrid, España: S. E., 1994.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. **La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución**. España: Universidad Autónoma de Madrid, 2012.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. **La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos**. México: Editorial Jurídica de las Américas, 2008.



- Carbajal, Juan A. **Teoría de la Constitución**. México: Editorial Porrúa, 2006.
- CARPIZO, MCGREGOR, Jorge. **La interpretación del Artículo 133 constitucional**. En: **Boletín mexicano de derecho comparado**. México: S. E., 1969.
- CARRILLO SALCEDO, Juan A. **Derechos humanos y derecho internacional**. En: **ISEGORÍA: globalización y derecho humanos. No. 22**. Madrid, España: S. E., 2000.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. **El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso radilla pacheco**. En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional, No. 11**. México: S. E., 2011.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. **Funciones del derecho procesal constitucional**. En: **Revista Ius et Praxis. Volumen 8. No. 2**. México: S. E., 2002.
- COSSÍO DÍAZ, José R. **Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en el derecho mexicano**. En: **Anuario mexicano de derecho internacional. Número 8**. México: S. E., 2008.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. **El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- DE CABO, Carlos. **La crisis del estado social**. Barcelona, España: Editorial PPU, 1986.
- DE CABO, Carlos. **Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional**. Barcelona, España: Editorial PPU, 1983.
- DE CABO, Carlos. **Teoría histórica**. Barcelona, España: Editorial PPU, 1987.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **La soberanía poliédrica**. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Iuspositivismo crítico y democracia constitucional**. En: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 16**. S. P., S. E., 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo. Más allá del Estado**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2008.
- FERRER MCGREGOR, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano**. En: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 9. Número 2**. Chile: S. E., 2011.



- FLORES SALDAÑA, Antonio. **El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos.** México: Editorial Porrúa, 2015.
- FROSINI, Vittorio. **Kelsen y las interpretaciones de la soberanía.** En: **Revista Española de Derecho Constitucional.** España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** Madrid, España: Editorial Civitas, 2006.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Constitucionalismo y positivismo.** En: **Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18. Número 54. Septiembre-Diciembre.** España: 1998.
- GARCÍA GESTOSO, Noemí. **Sobre los orígenes históricos del concepto de soberanía.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. **El fin del Estado social.** Madrid, España: Editorial Sistema, 1994.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madrid, España: Alianza Editorial, 1984.
- GARIBALDI, José A. **El dilema de Fausto: economía, política y cambio institucional en un contexto globalizado.** En: CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). **Estado constitucional y globalización.** México: Editorial Porrúa, 2001.
- GOMES CANOTILHO, José J. **Teoría de la Constitución.** España: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid; Editorial Dykinson, 2003.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. **La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1966.
- GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico.** En: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.
- GUDIÑO PELAYO, José de J. **Lo confuso del control difuso de la constitución.** En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 3.** México: S. E., 2005.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; STOLLEIS, Michael; PAULUS, Andreas. **El derecho constitucional de la globalización.** México: Editorial Fontamara, 2013.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. **Globalización, estado y derecho constitucional.** Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2010.



HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.** México: UNAM, 2003.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional.** México: UNAM, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?** En: **Escritos sobre moralidad y eticidad.** Barcelona, España: Editorial Paidós, 1998.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.

HELLER, Hemann. **La soberanía.** México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1995.

HOFFE, Otfried. **Revista de filosofía moral y política. No. 22.** España: S. E., 2000.

JÁUREGUI, Gurutz. **Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global.** En: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 36.** S. E., 2002.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. **El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional.** España: Editorial Marcial Pons, 2005.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. **Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita.** En: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 36.** S. E., 2002.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba, 2004.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J. **Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas.** En: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No. 9.** España: Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

LINARES, Antonio. **Derecho internacional público.** México: Editorial Porrúa, 1983.

LONDOÑO LÁZARO, María C. **El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos.** En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 128.** México: UNAM-IIJ, 2010.

LÓPEZ PINA, Antonio; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. **Elementos de derecho público.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2002.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. **La subjetividad internacional.** En: **Derecho internacional público.** España: Editorial Trotta, 2005.



- MAYORAL, Alejandro. **Mercosur: los problemas de la integración.** En: **Archivos Del Presente: Revista Latinoamericana de Temas Internacionales.** ISSN 0328-3151. Vol. 5. No. 18. S. E., 1999.
- NUEVO, Pablo. **Pluralismo y bien común en el derecho constitucional.** En: **Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica.** No. 13. Colombia: S. E., 2004.
- ORTIZ AHLF, Loretta. **La protección internacional del individuo.** México: UNAM-IIJ, 1988.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. **Constitución, teoría constitucional y teoría de las fuentes del derecho.** En: **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol.** Madrid, España: S. E., 2007.
- PANIZZA, Roberta. **El principio de subsidiaridad.** México: Editorial Porrúa, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 2015.
- PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1988.
- PÉREZ LEÓN, Juan Pablo. **El individuo como sujeto del derecho internacional.** México: UNAM-IIJ, 2008.
- PICAZO, Luis M. **La naturaleza de la unión europea.** En: **Indret: Revista para el Análisis del Derecho.** No. 4. España: S. E., 2008.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo. **Globalización, constitucionalismo y derecho: las vías del cosmopolitismo jurídico.** En: **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** España: Editorial Trotta, 2007.
- QUINTANA GARCÍA, Francisco. **Instrumentos básicos de derechos humanos.** México: Editorial Porrúa, 2003.
- REY CANTOR, Ernesto. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos.** México: Editorial Porrúa, 2008.
- ROLDÁN BARBERO, Javier. **Soberanía del Estado y derecho de la Unión Europea.** España: Universidad de Sevilla, 2005.
- SAGÜÉS, Néstor P. **El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.** México: UNAM-IIJ, 2013.
- SAINZ ARNAIZ, Alejandro. **La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El Artículo 10.2 de la Constitución española.** España: Consejo General del Poder Judicial, 1999.



- SALINAS ALCEGA, Sergio. **El sistema europeo de protección de derechos humanos en el siglo XXI**. Madrid, España: Editorial Iustel, 2009.
- SCHMITT, Carl. **Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía**. Argentina: Editorial Struhart & Cía., 1998.
- SOBRINO HEREDIA, José M. **Las nociones de integración y supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales**. En: **Revista Impulso**. No. 13. S. E., 2001.
- SORENSEN, Max. **Manual de derecho internacional público**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- STOLLEIS, Michael. **La textura histórica de las formas políticas**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto; PALOMINO MANCHEGO, José. **El sistema de control constitucional en México**. México: Editorial Porrúa, 2007.
- TEJADURA TEJEDA, Javier. **¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización**. En: **Revista de Estudios Políticos**. No. 123. Enero- Marzo. S. P., S. E., 2004.
- TORO HUERTA, Mauricio I. **La apertura constitucional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial**. En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. No. 112. México: S. E., 2005.
- URIBE ARZATE, Enrique. **Principio de supremacía constitucional. Exégesis y prolegómenos**. México: Editorial Porrúa, 2010.
- VALADÉS, Diego. **Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX**. En: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Año 6. No. 12. Julio-Diciembre. S. E., 2003.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. **Soberanía supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur. Anuario de derecho constitucional**. México: Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- VEGA GARCÍA, Pedro de. **Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual**. En: CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). **Estado constitucional y globalización**. México: Editorial Porrúa, 2003.
- VIGO, Rodolfo Luis. **Argumentación constitucional**. En: BÁEZ SILVA, Carlos. **Interpretación, argumentación y trabajo judicial**. México: Editorial Porrúa, 2009.



## **Legislación y jurisprudencia:**

**Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. 1970.**

**Estatuto del Consejo de Europa. Inglaterra. 1949.**

**Tratado de la Unión Europea. Diario Oficial. Número C 191. 29 de julio de 1992.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y Otros vs Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y Otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Eliodoro Portugal vs Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia de uno de febrero de 2006.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.**