

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Gabriel Alejandro Encinas Duarte* (México)

Pluralismo ante la erosión estatal y como exigencia del paradigma de la posguerra

RESUMEN

En la presente contribución se ofrece una visión de la crisis del Estado-nación, partiendo desde la premisa del desarrollo de un nuevo paradigma jurídico en la posguerra, tanto en sede nacional como internacional. También se esboza una distinción entre dos corrientes de prospecciones teóricas que compiten para dar cuenta de los fenómenos actuales del derecho internacional público y de la cooperación: por una parte, la constitucionalización del derecho internacional, con tintes jerárquicos y posconsensuales; por otra, el pluralismo, basado en el diálogo racional y el respeto a las democracias.

Sobre estas premisas, se sostiene que las características del derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX exigen tanto cooperación hacia la comunidad internacional como racionalidad material, con la dignidad humana como eje axiológico, fundamento y parámetro objetivo del poder. De esta manera, se advierte la inconveniencia de una integración supraestatal que mine las bases democráticas del Estado-nación y se postula, en armonía con los fundamentos del paradigma jurídico actual, que la construcción del Estado abierto desde sedes nacionales se erige como base para la consecución de una democracia y una convivencia social que optimice el ejercicio de los derechos humanos en América Latina.

Palabras clave: constitucionalización, pluralismo, posguerra, erosión estatal, cooperación.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Krise des Nationalstaats. Dabei wird von der Prämisse der Entwicklung eines neuen Rechtsparadigmas auf nationaler und

* Estudiante de décimo semestre de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. gabriel.encinas@uabc.edu.mx.

internationaler Ebene in der Nachkriegszeit ausgegangen. Zugleich werden auf dem Gebiet der theoretischen Analyse zwei Strömungen unterschieden, die bei der Erklärung aktueller Phänomene im Völkerrecht und bei der internationalen Zusammenarbeit miteinander konkurrieren: der nicht konsensgebundenen, hierarchisch angelegten Konstitutionalisierung im Völkerrecht steht der auf einem rationalen Dialog und der Achtung der Demokratie beruhende Pluralismus gegenüber.

Auf der Grundlage dieser Prämisse wird die Meinung vertreten, dass es angesichts der Besonderheiten des Rechts seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sowohl der Zusammenarbeit der internationalen Gemeinschaft als auch eines materiellrechtlichen Rationalismus bedarf, der sich axiologisch, hinsichtlich seiner Grundlagen und als objektiver Parameter für die Machtausübung an der Menschenwürde orientiert. Im Einklang damit wird angesichts von Bedenken gegen eine überstaatliche Integration, die die demokratischen Grundlagen des Nationalstaates untergraben könnte, in Übereinstimmung mit dem zur Zeit geltenden Rechtsparadigma die Auffassung vertreten, dass die Errichtung eines offenen Staates, dessen Zentrum auf der nationalen Ebene liegt, den Grundstein für die Ausgestaltung einer Demokratie und eines gesellschaftlichen Zusammenlebens bildet, die die optimale Ausübung der Menschenrechte in Lateinamerika ermöglichen.

Schlagwörter: Konstitutionalisierung; Pluralismus; Nachkriegszeit; Erosion des Staates; Zusammenarbeit.

ABSTRACT

Abstract: In this paper we offer a vision of the crisis of the nation-state, based on the premise of the development of a new legal paradigm after the war, both at the national and the international levels. We also outline a distinction between two competing theoretical currents which seek to explain contemporary phenomena in international public law and cooperation; that is, on one hand, the constitutionalization of international law, with hierarchical and post-consensual overtones; and on the other, pluralism, based on rational dialogue and respect for democracy.

Based on these premises, we put forth that after the second half of the 20th century, the law requires both cooperation with the international community as material rationality, and also with human dignity as the axiological principle, foundation and objective standard of power. We therefore show the inappropriateness of a supranational integration which undermines the democratic foundation of the nation-state, and we suggest, in line with the basic concepts of the current legal paradigm, that the construction of the open State at the national level is essential for building democracy and the kind of social coexistence that enhances the realization of human rights in Latin America.

Keywords: Constitutionalization, pluralism, post-war, erosion of the State, cooperation.

Introducción

Los años recientes han estado acompañados de lo que se ha llamado crisis del Estado de derecho en los países de América Latina, ante las realidades de la corrupción, la militarización frente a la delincuencia organizada y la creciente despolitización social. Tales factores se agravan por la difuminación de las condiciones sobre las que se erigió el Estado constitucional moderno:¹ las esferas de lo público y lo privado, así como la distinción territorial de lo interno y lo externo se desdibujan² en virtud del capitalismo globalizado.³ Lo anterior lleva a regresiones premodernas, con la existencia de poderes desregulados y salvajes.⁴ Esta situación crítica plantea la insuficiencia de las instituciones estatales⁵ y la búsqueda de una compensación normativa en el plano internacional:⁶ establecer frenos y contrapesos de naturaleza constitucional en la arena mundial.⁷

Los Estados deben ejercer el poder al servicio de los derechos humanos, a través de una dimensión cooperativa del ejercicio del poder soberano.⁸ Sin embargo, la constitucionalización del derecho internacional en sentido jerárquico y normativo erosionaría sus bases democráticas.⁹

En la siguiente sección, con referencia al desarrollo de distintos momentos constitucionales,¹⁰ se indicarán las características comunes de los Estados constitucionales en la actualidad, con mención especial de la apertura hacia el derecho

¹ Dieter Grimm, "The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world", en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 11-13.

² Ver Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.

³ Ver Miguel Carbonell, "Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

⁴ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 45.

⁵ Jean L. Cohen, *Globalization and sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

⁶ Anne Peters, "Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures", *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 580 y ss.

⁷ Antje Wiener y otros, "Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law", *Global constitutionalism*, núm. 1, Cambridge University Press, 2012, p. 2.

⁸ Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, 2011; Samantha Besson, "Sovereignty in conflict", *European integration online papers*, vol. 8, núm. 15, 2004.

⁹ Grimm, *op. cit.*; Alexander Somek, *The cosmopolitan constitution*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 22.

¹⁰ En un sentido similar al postulado por Bruce Ackerman y recogido en Dieter Grimm, "Integration by constitution", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núms. 2-3, 2005, pp. 200-203.

internacional¹¹ y el sentido material de la legitimidad.¹² En la tercera, se propone una distinción entre las teorías que buscan una mejor cooperación internacional, favoreciendo la concepción de cuerpo iusfundamental común –a través de un pluralismo jurídico–, en lugar de constitucionalización internacional –por integración jerárquica–. En la cuarta sección se sostiene la necesidad de una perspectiva internacional que parta del constitucionalismo¹³ y la democracia; lo que, finalmente, lleva a concluir que, aunque debemos revalorar el ejercicio de la soberanía en sentido cooperativo, no debemos negar el papel central del Estado-nación y del poder constituyente como *demos* del constitucionalismo.

1. El desarrollo del constitucionalismo como catalizador de la apertura del Estado

Es útil comprender el constitucionalismo actual como el resultado de una sucesión de experiencias y la narrativa de sus distintos momentos de articulación;¹⁴ desde el primer momento constitucional liberal y burgués, a través de las constituciones sociales de los Estados de bienestar,¹⁵ hasta el actual paradigma.

Existe un desarrollo común en el modelo jurídico vigente, ya que se desarrolla como secuela de la Segunda Guerra Mundial. Este paradigma de la posguerra se fundamenta en la dignidad humana¹⁶ como carga moral¹⁷ de los derechos que de ella emanan. Tal concepción ha desarrollado dos procesos paralelos: el derecho internacional posterior a la Carta de las Naciones Unidas, y la constitucionalización de los ordenamientos estatales.¹⁸ En palabras de Lorraine Weinrib:

¹¹ Por todos, Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3705>.

¹² Coincidente con la dimensión ideal del derecho por su necesaria pretensión de corrección. Ver Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2ª ed., trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2010, pp. 26-47.

¹³ Ver, en este sentido, Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 7.

¹⁴ “[L]a Constitución es más que una idea. Es una práctica histórica en evolución, constituida por generaciones de americanos al movilizar, discutir y resolver sus disputas sucesivas sobre la identidad y el destino de su nación” (Bruce Ackerman, *We the people 1: foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991, p. 34).

¹⁵ En este sentido, ver Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 149.

¹⁶ Ver Matthias Mahlmann, “The Basic Law at 60 – human dignity and the culture of republicanism”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2010.

¹⁷ Jürgen Habermas, *The crisis of the European Union. A response*, trad. de Ciaran Cronin, Cambridge, Polity Press, 2012, pp. 71-74.

¹⁸ En un sentido crítico, cf. James Tully, “The imperialism of modern constitutional democracy”, en Martin Loughlin y Neil Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 319 y 320.

La revolución de derechos humanos como secuela de la Segunda Guerra Mundial proporciona una perspectiva más amplia [...] Se consensuó que una colección integrada de garantías internacionales y domésticas podría militar contra crisis similares en el futuro. Este pensamiento produjo en corolario una concepción particular de la ordenación constitucional, para estabilizar la democracia y salvaguardar una ciudadanía equitativa así como el respeto para la dignidad humana intrínseca como ley más alta o suprema. Esta concepción ahora fundamenta el Estado constitucional de la posguerra.¹⁹

Este constitucionalismo encierra una noción normativa y omnipresente de la constitución como orden de valores²⁰ al alcance de los operadores jurídicos; presenta principios junto a reglas,²¹ enfatiza la necesidad de ponderar y razonar las decisiones en pos de la democracia deliberativa²² y reconoce una pluralidad de fuentes del derecho.²³

Por lo que hace a la región latinoamericana, se multiplica la presencia de cláusulas de apertura o de reenvío hacia el derecho internacional de los derechos humanos.²⁴ Tal recepción corresponde al reconocimiento y ratificación de los estándares del sistema interamericano.²⁵ Así, se habla de la internacionalización del derecho de los Estados latinoamericanos como humanización.²⁶

¹⁹ Lorraine Weinrib, "The postwar paradigm and american exceptionalism", en Sujit Choudhry (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 86. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=899131>.

²⁰ Luis M. Cruz, "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neo-constitucionalismo", *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, 2009; Joaquín Brage Camazano, "La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, 2009.

²¹ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22-31.

²² Robert Alexy, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *Doxa*, núm. 32, 2009, pp. 78-82.

²³ Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1995, pp. 150-153.

²⁴ Ver Mariela Morales Antoniazzi, "El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana", en Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 239-243.

²⁵ Jania Maria Lopes Saldanha y Lucas Pacheco Vieira, "Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.

²⁶ Mariela Morales Antoniazzi, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 267 y 268.

En el caso de México, la reforma constitucional de junio de 2011 incorpora el criterio interpretativo *pro personae*, lo que supone una profunda transformación del sentido del derecho. Por una parte, es testimonio de la adopción del paradigma constitucional de la posguerra.²⁷ Además, dicho criterio –en conjunto con la recepción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸ (en adelante, Corte IDH)– representa una auténtica cláusula de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.²⁹ Hay una pluralidad de lugares de producción de normas en tal materia,³⁰ lo que apunta hacia un cosmopolitismo.³¹

Estas transformaciones implican una revaloración en el sentido del ejercicio del poder soberano, como lo exige el paradigma constitucionalista. La soberanía asume una dimensión cooperativa hacia la comunidad internacional, al servicio del ser humano.³² Aunque la soberanía fue pensada como el poder absoluto y perpetuo de una república, se discute que se le haya concebido como ilimitada.³³

Mientras que siguen en pie los ideales de la Ilustración que reivindicaron la soberanía a la población, a través de las constituciones actuales se contempla una delegación de atribuciones³⁴ hacia la comunidad internacional en materia de derechos

²⁷ Ángel Durán Pérez y Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 183-188; Ramón Ortega García, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 137, 2013.

²⁸ José Ramón Cossío Díaz, “Algunas notas sobre el Caso Rosendo Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.

²⁹ José Ma. Serna de la Garza, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 23 y ss.; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., UNAM, 2011, pp. 355-357.

³⁰ Serna de la Garza, “Soberanía y apertura del Estado...”, *op. cit.*, p. 58.

³¹ Alan Arias Marín, “Globalización, cosmopolitismo y derechos humanos. Apuntes sobre el contexto teórico y la reforma constitucional”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 18, 2011.

³² Ver Markus Kotzur, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D.F., UNAM, 2011, pp. 111 y ss.

³³ Ver Stéphane Beaulac, “The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2003, p. 6; Kotzur, *op. cit.*, p. 91; Fioravanti, *op. cit.*, p. 74.

³⁴ No se transfiere la soberanía, sino un “número de poderes (*Hoheitsrechte*), insuficientes para transformar la Comunidad en sí en un ente soberano” (Dieter Grimm, “Comments on the German Constitutional Court’s decision on the Lisbon Treaty. Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, p. 354).

humanos, a cambio de una mejor dinámica de permeación de normas iusfundamentales comunes en el derecho interno.³⁵ Este ejercicio es resultado de la humanización del derecho: el tránsito de un enfoque estatal a un enfoque de derechos humanos.³⁶ Los Estados no son fines en sí mismos, sino medios para una vida humana colectiva en paz y seguridad.³⁷

En este contexto, la noción de legitimidad en la acción estatal se actualiza. Cobra relevancia la concepción de la autoridad como servicio, así como el parámetro que Raz postula para elegir a qué autoridad sujetarse en caso de una pluralidad de directivas: “En tales casos, la cuestión de si el poder de una autoridad dada comprende el de excluir la autoridad de otra ha de juzgarse de la manera en que juzgamos la legitimidad de su poder en cualquier materia, a saber, si nos conformaríamos mejor con la razón intentando seguir sus directivas que si no lo hacemos”.³⁸ La noción de validez jurídica es complementada por dimensiones justificativas, materiales y axiológicas, de racionalidad,³⁹ a través de la coherencia con los fines de optimización de derechos humanos derivados de la dignidad humana.⁴⁰

Así se advierte que, paradójicamente, el desarrollo del constitucionalismo lleva a su propia erosión, y a la del concepto de estatalidad, al transferir el ejercicio de la soberanía a instancias supranacionales.⁴¹ El constitucionalismo se vuelve contra sí mismo: en el paradigma de la posguerra, y en virtud de la globalización, los Estados constitucionales se someten a una especie de revisión entre pares.⁴² La legitimidad responde al resultado de comparar las distintas soluciones jurídicas de los ordenamientos jurídicos en un plano de horizontalidad y *fertilización cruzada constitucional*.⁴³ Por ello, nos encontramos en los albores de un nuevo momento

³⁵ Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*...”, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

³⁶ Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*, p. 72.

³⁷ Anne Peters, “The merits of global constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, p. 398.

³⁸ Joseph Raz, “El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio”, *Doxa*, núm. 29, 2006, p. 156.

³⁹ Ver Rodolfo L. Vigo, “Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 711 y ss.

⁴⁰ Víctor Bazán, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, p. 387; cf. John Tasioulas, “Human rights, legitimacy, and international law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, p. 9.

⁴¹ Grimm, “The achievement of constitutionalism ...”, *op. cit.*

⁴² Somek, *op. cit.*, pp. 17-19.

⁴³ Anne-Marie Slaughter, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 65-79; Sujit Choudhry, “Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation”, *Indiana Law Journal*, vol. 74, núm. 3, 1999.

constitucional: el cosmopolitismo, constitucionalismo mundial⁴⁴ o universalización del constitucionalismo.⁴⁵

Sin embargo, debemos adelantarnos y advertir que, aun al operar en un paradigma pospositivista, el derecho sigue aparejado de una contradicción necesaria entre sus dimensiones de justicia y de autoridad.⁴⁶ El derecho constitucional moderno exige la legitimidad a través del ejercicio democrático popular.⁴⁷ Aunque este requisito es insuficiente por sí mismo, sigue siendo indispensable.

2. Los prospectos de constitucionalización o pluralismo

Surgen teorías para dar cuenta de las transformaciones del derecho y la eficacia del Estado de derecho internacional. Considero necesario sostener una distinción entre dos vertientes. Por una parte, identifico las que proponen una constitucionalización del derecho internacional en sentido normativo y de integración jerárquica, esgrimiendo la insuficiencia o irrelevancia práctica del consentimiento en el derecho internacional.⁴⁸ Por otra parte, las que hablan del desarrollo de un cuerpo iusfundamental común a través del pluralismo jurídico y el diálogo judicial.⁴⁹

Las teorías de constitucionalización del derecho internacional se abordan desde una miríada de posturas y enfoques,⁵⁰ pero es posible sostener algunas notas comunes: parten de la insuficiencia del Estado en problemas multilaterales,⁵¹ postulan una visión integradora con tendencias jerárquicas⁵² y revisan los principios de la teoría constitucional conforme al derecho internacional.⁵³

En estas teorías se propone superar la división conceptual entre poder constituyente y poder constituido, por ser incongruente concebir el fundamento de una constitución como un acto volitivo, o un argumento de autoridad derivado de un

⁴⁴ Bruce Ackerman, "The rise of world constitutionalism", *Occasional Papers*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1998.

⁴⁵ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 829.

⁴⁶ Josep Aguiló Regla, "Tener una constitución, 'darse una constitución' y 'vivir en constitución'", *Isonomía*, núm. 8, 2008, p. 74.

⁴⁷ Grimm, "The achievement of constitutionalism ...", *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸ Ver O'Donoghue, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁹ Ver Armin von Bogdandy, "Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual", en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*, pp. 14-21.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, Wiener y otros, *op. cit.*, pp. 6-10.

⁵¹ Cohen, *op. cit.*, p. 1; Andreas L. Paulus, "The international legal system as a constitution", en Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 95.

⁵² Cf. Garrett W. Brown, "The constitutionalization of what?", *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, p. 207.

⁵³ Ver en O'Donoghue, *op. cit.*, pp. 32-38.

mito;⁵⁴ sin embargo, no se coloca un fundamento objetivo en lugar de la acción constituyente. Esto lleva, por ejemplo, a sostener la autoconstitucionalización a través de la dialéctica judicial internacional,⁵⁵ pero tal curso ofrece más problemas que soluciones.

En el mismo tenor, se minimiza el concepto de constitucionalización, limitándolo a la sujeción del poder por límites legales, lo que es insatisfactorio para las exigencias de lo que entendemos actualmente por constitucionalismo. Un concepto de constitución tan amplio termina por vaciarse de significado y fuerza, apuntando a la inadecuación de tal nomenclatura.⁵⁶ Existe ansiedad ante el déficit democrático que implicaría constitucionalizar el derecho supraestatal: el consenso devendría obsoleto. En este vacío democrático, los poderes económicos transnacionales en red con los regímenes internacionales ocuparían el poder constituyente⁵⁷ en una meritocracia oligárquica.

En el ámbito interamericano hay teorías de constitucionalización del derecho internacional, incluso entre las referentes al *ius constitutionale commune*, aunque así se separan de su marco conceptual.⁵⁸ Apelan a que es posible identificar una constitución, por lo menos embrionaria, en los documentos básicos del sistema interamericano, a los que se suma la jurisprudencia de la Corte IDH, que se constituye como tribunal constitucional.⁵⁹

Los argumentos para considerar a la Corte IDH como un tribunal constitucional son funcionalistas:⁶⁰ al desarrollar derechos humanos, materia fundamental, la Corte IDH se encumbra como el guardián de la constitución interamericana.⁶¹ Sin embargo, tal argumentación no resulta sólida: sigue siendo necesaria la expresión extraordinaria del poder constituyente para erigir un tribunal constitucional. La Corte IDH opera y robustece el paradigma constitucional, pero de ello no se sigue que se trate del guardián de la constitución interamericana.

⁵⁴ En este sentido, David Dyzenhaus, "Constitutionalism in an old key: legality and constituent power", *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012.

⁵⁵ Hans Lindahl, "El fallo 'Vand Gend & Loos', la dialéctica de poder constituyente y poder constituido", en Rodolfo Vázquez (ed.), *Filosofía jurídica: ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, México, Porrúa, 2005, pp. 246-250.

⁵⁶ Cf. O'Donoghue, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁷ Tully, *op. cit.*, p. 324.

⁵⁸ Von Bogdandy, *op. cit.*

⁵⁹ Morales Antoniazzi, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*...", *op. cit.*, pp. 277-279.

⁶⁰ Laurence Burgogue-Larsen, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional", en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*

⁶¹ Ver Jorge Ernesto Roa Roa, "La justicia constitucional en América Latina", *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 34, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, pp. 12-16. Disponible en: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-34.pdf>.

Por otra parte, las teorías del cuerpo iusfundamental común en la región aceptan un pluralismo jurídico, reconociendo que los Estados se nutren de un diálogo judicial. Estos están limitados en razón de su situación internacional y el deber de respetar derechos humanos.⁶² Empero, estos límites no vienen dados por una situación jerárquica posconsensual, sino por la vivificación de un paradigma humanista. La aplicación del principio *pro personae* sirve, también, como freno a la jerarquización,⁶³ exigiendo para ello la racionalidad del pluralismo. El ordenamiento interamericano no llega a ser independiente, los Estados siguen siendo los *maestros de los tratados*:⁶⁴ siguen siendo los auténticos dueños de la *Kompetenz-Kompetenz*,⁶⁵ en un sentido que no es puramente simbólico.⁶⁶ Es acertado limitar este cuerpo común a la materia de derechos humanos⁶⁷ para evitar desarrollos que exacerben las desigualdades económicas.

3. Derecho internacional desde el constitucionalismo

Para superar las crisis del Estado-nación, la democracia y las teorías constitucionales, debe cambiar la perspectiva de la que parten los autores que postulan la constitucionalización del derecho internacional. Podemos armonizar las transformaciones a través de una visión estatal constitucional y cooperativa.

Como se había adelantado, a un lado del elemento ideal –la concepción de justicia– del Estado constitucional persiste un elemento autoritativo, democrático y político “que consiste en ser expresión del pueblo soberano”.⁶⁸ Las transformaciones del constitucionalismo se edifican unas sobre otras,⁶⁹ lo que permite que coexistan elementos matizados del constitucionalismo liberal, social y cosmopolita. Permanecen notas histórico-sociales propias, a un lado de las normas que identificamos como estandartes de los principios del constitucionalismo de la posguerra.⁷⁰

⁶² Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*...”, *op. cit.*, p. 270.

⁶³ Von Bogdandy, *op. cit.*, p. 12; Enrique Carpizo, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, pp. 956-958.

⁶⁴ Grimm, “Comments on the German Constitutional...”, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Cf. Somek, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷ Ronald Dworkin, “From justice in robes to justice for hedgehogs”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 16-18.

⁶⁸ Fioravanti, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁹ Por todos, Grimm, “The achievement of constitutionalism...”, *op. cit.*; Somek, *op. cit.*, p. 282; Philippe Nonet y Philip Selznick, *Toward responsive law: law & society in transition*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001 [1978], pp. 17-18.

⁷⁰ Josep Aguiló Regla, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, p. 63.

Los cuestionamientos de la legitimidad de los particularismos estatales y la insuficiencia de estos ante los retos multilaterales siguen aceptando respuestas ambiguas. Tras aceptar la dignidad humana y los derechos humanos como fundamento, se abre un espacio fértil para la discusión,⁷¹ pero no para la obsolescencia de la democracia estatal. “Un sistema que rechace el origen democrático del poder y no se interese por un gobierno limitado, no cumple con los estándares de la constitución moderna”;⁷² y los principios del constitucionalismo moderno impiden utilizar el nombre de constitución en vano.⁷³

Es prudente buscar un equilibrio a través de la democracia deliberativa. En los países donde la constitución es rígida sólo formalmente y no en la realidad,⁷⁴ esto apunta hacia adoptar un efectivo modelo dualista que fortalezca los procesos sociales ante el riesgo de la erosión del consenso. En este constitucionalismo a través de la democracia, protagonizan el pluralismo interno y los diálogos contra las imposiciones hegemónicas.

4. Conclusiones

Es necesario superar el positivismo a través de un paradigma constitucional en torno a la dignidad humana y los derechos que de ella emanan, así como encontrar un equilibrio que no erosione las bases democráticas. Los Estados se abren, posibilitando la permeación de normas del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente las del ordenamiento interamericano. En el diálogo judicial podemos ver el enriquecimiento de una cultura jurídica adecuada a nuestra región.

Hay similitudes relevantes en la operación del derecho internacional y el constitucionalismo, pero de ello no se sigue que el derecho internacional esté constitucionalizado. Por esto, usar la terminología constitucional deviene en “retórica legitimadora para una disciplina en crisis tras haberse desatracado parcialmente a sí misma de la firme y fiable ancla del consentimiento estatal”,⁷⁵ así como notoria fuente de

⁷¹ Cf. Somek, *op. cit.*, p. 140; por otra parte, “el significado jurídico de la dignidad humana no es exhausto por su función como pantalla de humo para disfrazar diferencias más profundas” (Habermas, *op. cit.*, p. 76).

⁷² Grimm, “The achievement of constitutionalism...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷³ Ángela Figueruelo Burrieza “El tratado constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, p. 52.

⁷⁴ En el caso mexicano, Jorge Carpizo, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín de Derecho Mexicano Comparado*, núm. 131, pp. 569-580.

⁷⁵ Mattias Kumm, “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state”, en Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 260.

equivocos. La razón de que el constitucionalismo y el derecho internacional compartan rasgos operativos es que son las expresiones del paradigma de la posguerra.

Es deseable un ejercicio soberano cooperativo, pero no en perjuicio de la estatalidad o de las instituciones constitucionales como la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Esta premisa sirve como marco de un cuerpo iusfundamental común y plural, en lugar de constitucionalización posestatal, jerárquica y con déficit de legitimidad. Para ello, los Estados deben operar realmente en democracia: poner énfasis en la deliberación pública en lugar de seguir el curso hacia el individualismo, cohonestando la dualidad de un constitucionalismo rígido bien entendido. El derecho necesita una comunidad política inclusiva, racional y local para evitar *su defunción*⁷⁶ dialéctica. El Estado constitucional democrático, con sus contradicciones y sus límites, sigue siendo el mejor medio para una vida digna en sociedad. Si las bases democráticas se erosionan, ¿quién custodiará a los custodios?

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the people 1: foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991.
- _____, “The rise of world constitutionalism”, *Occasional Papers*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1998.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “‘Tener una constitución’, ‘darse una constitución’ y ‘vivir en constitución’”, *Isonomía*, núm. 8, 2008.
- _____, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011.
- ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, 2ª ed., trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2010.
- ARIAS MARÍN, Alan, “Globalización, cosmopolitismo y derechos humanos. Apuntes sobre el contexto teórico y la reforma constitucional”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 18, 2011, pp. 11-43.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BAZÁN, Víctor, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 385-429.
- BEAULAC, Stéphane, “The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2003.
- BESSON, Samantha, “Sovereignty in conflict”, *European integration online papers*, vol. 8, núm. 15, 2004.

⁷⁶ Nonet y Selznick, *op. cit.*, pp. 115-118.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, 2009, pp. 95-123.
- BROWN, Garrett W., “The constitutionalization of what?”, *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 201-228.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- CARBONELL, Miguel, “Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate”, en Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, p. 939-971.
- CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, pp. 543-598.
- CHOUDHRY, Sujit, “Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation”, *Indiana Law Journal*, vol. 74, núm. 3, 1999, pp. 819-892.
- COHEN, Jean L., *Globalization and sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 803-834.
- CRUZ, Luis M., “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, 2009, pp. 11-31.
- DURÁN PÉREZ, Ángel y Eréndira Nohemí RAMOS VÁZQUEZ, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 171-196.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- _____, “From justice in robes to justice for hedgehogs”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 3-22.
- DYZENHAUS, David, “Constitutionalism in an old key: legality and constituent power”, *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 229-260.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D. F., UNAM, 2011.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “El tratado constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, pp. 49-118.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- GRIMM, Dieter, “Integration by constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 2-3, 2005, pp. 353-373.
- _____, “The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world”, en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- _____, “Comments on the German Constitutional Court’s decision on the Lisbon Treaty. Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009.
- HÄBERLE, Peter y Markuz KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D. F., UNAM, 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *The crisis of the European Union. A response*, trad. de Ciaran Cronin, Cambridge, Polity Press, 2012.
- KOTZUR, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en Peter HÄBERLE y Markus KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D. F., UNAM, 2011.
- KUMM, Mattias, “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state”, en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- LINDAHL, Hans, “El fallo ‘Vand Gend & Loos’, la dialéctica de poder constituyente y poder constituido”, en Rodolfo VÁZQUEZ (ed.), *Filosofía jurídica: ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, México, D. F., Porrúa, 2005.
- LOPES SALDANHA, Jania Maria y Lucas PACHECO VIEIRA, “Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 545-579.
- MAHLMANN, Matthias, “The Basic Law at 60 – human dignity and the culture of republicanism”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2010, pp. 9-32.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- _____, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, en Armin VON BOGDANDY y José Ma. SERNA DE LA

- GARZA (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014.
- NONET, Philippe y Philip SELZNICK, *Toward responsive law: law & society in transition*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001 [1978].
- O'DONOGHUE, Aoife, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, "La constitucionalización del derecho en México", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 137, 2013, pp. 601-646.
- PAULUS, Andreas L., "The international legal system as a constitution", en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- PETERS, Anne, "Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures", *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 579-610.
- _____, "The merits of global constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 397-411.
- PROVESAN, Flávia, "Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- RAZ, Joseph, "El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio", *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 141-175.
- ROA ROA, Jorge Ernesto, "La justicia constitucional en América Latina", Serie Documentos de Trabajo, núm. 34, Bogotá, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Disponible en <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-34.pdf>.
- SERNA DE LA GARZA, José Ma., "Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana", en Armin VON BOGDANDY y José Ma. SERNA DE LA GARZA (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- SOMEK, Alexander, *The cosmopolitan constitution*, New York, Oxford University Press, 2014.
- TASIOULAS, John, "Human rights, legitimacy, and international law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 1-25.
- TULLY, James, "The imperialism of modern constitutional democracy", en Martin LOUGHLIN y Neil WALKER (eds.), *The paradox of constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- VIGO, Rodolfo L., “Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 701-726.
- VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en ARMIN VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- VON BOGDANDY, Armin, y José Ma. SERNA DE LA GARZA, (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3705>.
- WEINRIB, Lorraine, “The postwar paradigm and american exceptionalism”, en Sujit Choudhry (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=899131>.
- WIENER, Antje y otros, “Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law”, *Global constitutionalism*, núm. 1, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-15.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 1995.